



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**LA EVOLUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:
Hacia una evaluación y determinación objetiva**

Memoria para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales

EMILIA RIVAS LAGOS
PROFESOR GUÍA: MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS

Santiago de Chile
2015

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

PRIMERA UNIDAD

CONCEPTO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO AL MUNDO JURÍDICO.....	5
---	---

1. Reseña histórica sobre los instrumentos que inspiraron la Convención Sobre los Derechos del Niño.....5
2. Convención sobre los Derecho del Niño.....10
 - 2.1 Contenido del artículo 3° párrafo 1°.....16
 - 2.2 Introducción del interés superior del niño al ordenamiento jurídico chileno....20

CAPÍTULO II

APROXIMACION AL CONCEPTO INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	27
---	----

1. Aproximación desde la Doctrina.....27
2. Aproximación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....32
3. Aproximación desde la jurisprudencia nacional.....36
4. Observación General N°1439

SEGUNDA UNIDAD

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CAPÍTULO III

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CONCEPTO DETERMINABLE DE FORMA OBJETIVA.....	44
--	----

1. Identificación de los derechos del niño.....45
 - 1.1 Derechos, principio e intereses.....49
2. Análisis crítico del fallo de la Corte Suprema en el “caso Atala”.....52

CAPÍTULO IV

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CONCRETO.....59

1. Evaluación y determinación del interés superior del niño.....60

CAPÍTULO V

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN SU DIMENSION COMO NORMA DE
PROCEDIMIENTO.....67**

1. Evaluación y Determinación en el ordenamiento jurídico chileno.....68

1.1 Audiencia preparatoria.....68

1.2 Audiencia de juicio.....75

1.3 Sentencia.....76

1.3.1. Motivación de la sentencia.....83

CONCLUSIÓN.....89

BIBLIOGRAFÍA.....97

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la evolución que ha experimentado el concepto “interés superior del niño” desde su introducción en la Convención sobre los Derechos del Niño hasta el presente. Se concentra primero en cómo se ha comprendido el concepto para luego investigar las repercusiones que ha tenido en los derechos de los niños cada definición. Por último se investiga sobre la posibilidad de adaptar la Observación General N°14 por parte del sistema judicial chileno.

El método de investigación utilizado consiste en el estudio de fuentes académicas, como libros, ensayos, recopilaciones, revistas; fuentes normativas nacionales e internacionales; y, fuentes jurisprudenciales.

Como resultado se concluye que la comprensión objetiva del interés superior del niño es fundamental para concebirlo como titular de derechos. Chile tiene las herramientas para adscribirse al estándar internacional moderno; sin embargo, no ha sabido aprovecharlas por lo que se requiere urgentemente una reforma en materia de infancia y adolescencia.

“El Interés Superior del Niño: Hacia una Evaluación y Determinación Objetiva”

INTRODUCCIÓN

En 1989 la Organización de las Naciones Unidas promulga la Convención sobre los Derechos del Niño¹, primer tratado internacional de alcance universal y con fuerza vinculante que regula los derechos humanos relacionados a la infancia. Se destaca el artículo 3° párrafo 1° de la Convención que señala lo siguiente: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. El presente trabajo tiene como propósito estudiar el desarrollo del concepto “interés superior del niño” con especial énfasis en su método de aplicación por los tribunales de justicia.

A lo largo de la Convención el término “interés superior del niño” se menciona en cinco disposiciones adicionales; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de su naturaleza jurídica o respecto a su proceso de aplicación. Como se presentará en el segundo capítulo, esta omisión se traduce en la proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término. Esta proliferación en vez de reducir la indeterminación del término, la alimenta generando inseguridad jurídica en torno a la aplicación del interés superior del niño por parte de los tribunales de justicia dando pie a la arbitrariedad.

Con el fin de resguardar el pleno respeto de la Convención por los Estados Parte, se instaura el Comité de los Derechos del Niño², entidad que supervisa la aplicación de la misma Convención que lo crea. Es así como luego de 24 años de vacío legal, en el año 2013 dicho Comité, en uso de sus facultades interpretativas, emite la Observación General Número 14° sobre “El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial”³. La Observación busca resolver precisamente las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del niño.

¹ En adelante, indistintamente “la Convención” o su sigla “CDN”

² En adelante, también “el Comité”

³ En adelante, también indistintamente “la Observación General” o simplemente “la Observación N°14”

El Comité indica que “el propósito general de la Observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”⁴. Para lo cual se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los Estados partes den efecto al interés superior del niño⁵ y lo respeten⁶. Es decir, la Observación parte de la base que la vía para percibir al niño como sujeto de derechos es a través de una debida atención en su interés superior. En miras de este cometido, se define la naturaleza jurídica del interés superior del niño y los requisitos para su debida consideración en las decisiones de autoridad.

De modo que el objetivo específico del presente trabajo es indagar en la repercusión del “cambio de actitud” propuesto por el Comité en el ámbito judicial. Se examinarán los problemas que ha enfrentado la utilización del interés superior del niño desde sus inicios como concepto jurídico para así comprender por qué se busca cambiar la situación actual respecto a su aplicación. Una vez contextualizado el problema se estudiará la propuesta del Comité y su compatibilidad con el sistema judicial chileno. De manera que la memoria se ordena en dos unidades: la primera versa sobre el interés superior de niño en términos académicos con el fin de observar la evolución que ha experimentado el concepto, mientras que la segunda analiza la traducción de aquella evolución en el proceso judicial.

En particular, con el fin de lograr un acabado entendimiento del tema, la primera unidad aborda el concepto del interés superior del niño desde sus orígenes hasta la definición planteada por la Observación General en estudio, pasando por los aportes doctrinarios y jurisprudenciales que lo han enriquecido.

En el primer capítulo se expone una breve reseña histórica sobre los primeros cuerpos normativos que utilizaron la expresión “Interés Superior del Niño” y el significado que tomó en cada uno de ellos hasta llegar a la Convención sobre los Derechos de los Niños. A continuación se procede a analizar el artículo 3º párrafo 1º de la citada Convención. La memoria se centra en

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 12

⁵ En adelante, también “el interés superior”

⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 10

la naturaleza y aplicación de aquel artículo por lo que se le dará énfasis al modo en que ha sido formulado. Por último, puesto que la segunda unidad versa sobre la utilización del término por los tribunales chilenos, el capítulo culmina con la introducción del interés superior del niño al ordenamiento jurídico nacional.

El segundo capítulo atiende a la aproximación del concepto desde la doctrina y jurisprudencia tanto interamericana como nacional. Se comienza con la aproximación desde la doctrina, exponiendo las teorías acerca de la naturaleza del interés superior del niño por parte de varios autores de prestigio. Ello permite conocer las ideas que han influenciado la evolución del concepto, además de permitir estudiar cómo cada uno de los planteamientos se traducen en diferentes aplicaciones prácticas del concepto. En segundo lugar, se analizarán las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ relacionadas con los derechos del niño en conjunto con Opiniones Consultivas del mismo órgano. Se ordena cronológicamente con tal de apreciar posibles cambios conceptuales. Por último, se profundiza en jurisprudencia nacional buscando indicios de conclusiones doctrinales o jurisprudenciales interamericanas con el fin de advertir qué ideas han influenciado la legislación y práctica judicial chilena. El capítulo concluye con un breve análisis de las conclusiones derivadas de lo recientemente expuesto para hacer un paralelo con las conclusiones arribadas por el Comité de los derechos del Niño presentadas en la Observación General N° 14°. Es significativo para comprender el alcance del cambio de actitud que pretende el Comité, pues no es posible plantear modificaciones sin conocer precisamente cuáles son las falencias de interpretación. Se adelanta que el Comité indica en aquél documento que el interés superior el niño tiene una naturaleza triple pues es concebido como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento a la vez. El resto del trabajo versa sobre las consecuencias de este planteamiento a nivel conceptual y práctico judicial.

Como se señaló, el propósito general de la Observación General N°14 es promover el respeto de los niños como titulares de derechos. El tercer capítulo está dedicado a demostrar la íntima relación entre el progreso histórico en tanto naturaleza jurídica del interés superior del niño con la apreciación del niño como sujeto de derechos. En este sentido se rescatan las concepciones que se acercan al cometido, haciendo frente a la dificultad que ha padecido el

⁷ En adelante, también indistintamente “La Corte Interamericana”, “La Corte” o su sigla “CIDH”.

término desde sus orígenes: su indeterminación. Se propone que una utilización adecuada del término, esto es siguiendo la propuesta del Comité, permite arribar a un concepto objetivo que controla la arbitrariedad judicial. Una vez abordada la indeterminación se procede a relacionar el interés superior del niño con los derechos e intereses de los demás intervinientes del juicio así como con los demás principios en juego.

La segunda unidad busca relacionar las conclusiones académicas expuestas en la primera unidad con la puesta en práctica del método de aplicación del interés superior del niño propuesto en la Observación General N°14. Entonces, mientras la primera unidad pretende demostrar la relación entre el interés superior del niño y la concepción del niño como titular de derechos, esta segunda unidad se concentra en encontrar una adecuada traducción al sistema judicial de modo que no se pierda el fin primero.

De modo que el cuarto capítulo trata el procedimiento introducido por el Comité para valorar el interés superior del niño en un caso particular. Se indaga en la relación entre concebir el interés superior del niño como derecho sustantivo y la necesidad de adaptarlo a los supuestos de hecho que rodean la situación concreta del niño en autos. En este capítulo aún no se adentra al procedimiento chileno, sino que se exponen las ideas fundamentales que deben estar presente en la regulación nacional para dar pleno efecto a la Convención sobre los Derechos del Niño.

El quinto y último capítulo expone la dimensión del interés superior del niño como norma de procedimiento para lo cual se adentra en los tribunales de familia chilenos. Este capítulo tiene como propósito exponer un posible camino para adaptar el sistema actual al nuevo estándar internacional. Para ello se divide en dos secciones de acuerdo a las fases del proceso en que el término en estudio toma mayor relevancia: estas son la etapa probatoria y la de fallo. En la primera se concentra en cómo introducir los presupuestos fácticos necesarios para formar el interés superior en particular al debate judicial. Además se realza el poder de intervención del niño en autos pues su interés será la consideración primordial a la cual el juez atenderá. Mientras que la segunda sección considera el momento en que se valora la prueba hasta la dictación misma de la sentencia. Particularmente se aborda la necesidad de incluir un estándar de prueba y una manifestación explícita de la motivación de la sentencia. Se propone que ambas exigencias juegan un importante rol a la hora de determinar las repercusiones de la decisión en el niño.

CAPITULO I

“Introducción del Interés Superior del Niño al mundo jurídico”

1. Reseña histórica sobre los instrumentos que inspiraron la Convención sobre los Derechos del Niño

El derecho es una excelente herramienta histórica puesto que refleja los intereses de una determinada sociedad. Da cuenta de aquellos que demandan protección jurídica en un momento dado y la manera que creían adecuada de implementar dicha protección. Un estudio sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales que han jugado un rol en los derechos del niño permite advertir, en primer lugar el nacimiento del interés por la protección de los menores, y luego, de cómo se ha reconocido la imagen de ‘niño’.

Históricamente se conoce a la Declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege específicamente los derechos de los niños; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad. El contexto en que se realiza el proyecto es el período de post-guerra que le sigue a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño que fue desatendido en los años anteriores.

La Declaración de Ginebra de 1924 afirma lo siguiente:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.”⁸

⁸ BOFILL, APRIL Y JORDI COTS. “La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia” Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona, 1999.[En línea] <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf> [Consulta: 3 de junio de 2014]

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.⁹

Es interesante observar que la Declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión “el niño debe ser” en vez de “el niño tiene derecho a...”. Además en el preámbulo utiliza la expresión “los hombres y mujeres [...] afirman así sus deberes”, dejando en claro que se trata de una enunciación de obligaciones dirigidas a los adultos a cargo de los niños. Es decir, se reconoce al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos capaz de participar activamente en su desarrollo. Cabe destacar que la Declaración de 1924 habla repetidas veces de “niño” pero falla al no mencionar qué entiende por “niño”, dejándolo a la interpretación del receptor.

Al contrario de los demás instrumentos internacionales, el proyecto que antecede la Declaración de 1924 fue de iniciativa de una organización privada: la Unión Internacional de Salvación del Niño. La entonces Liga de las Naciones adoptó la iniciativa para luego proclamarla en una resolución con naturaleza jurídica de declaración. Es decir, el presente cuerpo es una manifestación de intenciones puesto que no tiene fuerza vinculante para los Estados y no contempla ningún mecanismo de control. No obstante, a pesar de no poseer fuerza coercitiva, tuvo un gran impacto en su momento y sentó un precedente en torno a los derechos de la niñez.

⁹ VERHELLEN, EUGEN. “La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales”. Amberes (Bélgica) Apeldoorn (Países Bajos). Garant 2002. p. 80 y 81

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados miembros de la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron instituir la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en consideración a las atrocidades vividas durante los años de guerra. Nuevamente estamos ante un instrumento que busca orientar la conducta de los Estados pero que no tiene fuerza obligatoria. En cuanto a su contenido, cabe señalar que todos los derechos, que por su naturaleza pueden ser ejercidos por menores de edad, son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano. Específicamente, la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2^o¹⁰ explícitamente un derecho propio del niño: acceder a protección social independientemente de si su filiación es matrimonial o no. Además, en dos oportunidades más hace referencia implícita a ellos al regular la familia como núcleo de la sociedad¹¹ y al establecer el derecho a la educación¹².

La DUDH es un avance para los derechos de la infancia y adolescencia al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos. La proclamación de la DUDH trajo consigo inquietudes acerca de la ausencia de un cuerpo de la misma envergadura que cuide los derechos

¹⁰ DUDH Artículo 25: *(1) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (2) La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

¹¹ DUDH Artículo 16: *(1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. (3) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

¹² DUDH Artículo 26: *(1) Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. (2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. (3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*

de la infancia y juventud, pues se hacen patentes las insuficiencias en este ámbito, sobre todo por no nombrar expresamente derechos sustantivos y de forma específica. Sin embargo, no fue hasta 1959 que la Asamblea General de la ONU adoptó su propia declaración. La Declaración de 1959 se basa en la Declaración de 1924, pero esta vez es producto de una iniciativa de la organización internacional.

El preámbulo de la Declaración dice lo siguiente:

"Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño"

Leyendo simplemente el preámbulo se nota una primera mejora en comparación a la declaración anterior: se hace explícito que el niño es receptor de todos los Derechos Humanos, pero que, en atención a sus características particulares, necesita de especial protección. En definitiva, la ONU opta por regular los derechos del niño con un grado de autonomía frente a los Derechos Humanos en general.

Nuevamente nos encontramos ante un cuerpo declarativo sin fuerza vinculante, no obstante, esta vez es redactada con un lenguaje jurídico que la separa del listado de intenciones de la Declaración de 1924. Este instrumento consta de 10 principios y establece explícitamente derechos, mas es curiosa la yuxtaposición de derechos ‘duros’ como el derecho al nombre y a la nacionalidad¹³ con enunciados más bien ideales como “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión [...]”¹⁴. Ciertamente el desarrollo

¹³ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959, Principio 3º: *El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad*

¹⁴ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959, Principio 6º: *El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la*

espiritual del niño o niña es de gran significación, pero el modo en que se abarca el tema es un reflejo de la falta de obligatoriedad del cuerpo, acercándose así a su realidad de unidad orientadora, más que una unidad normativa.

Bastantes aspectos sobre esta declaración son interesantes, sin embargo, para el presente trabajo el aspecto más importante es la introducción del concepto “interés superior del niño”. A continuación se leen los principios que lo contienen:

“Principio 2º: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

“Principio 7º párrafo 2º: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”

A partir de la transcripción se observa que el segundo principio instituye el derecho a la protección social, aclarando que en el proceso de promulgación de leyes que afecten el desarrollo íntegro del niño, el legislador deberá atender al interés superior en su diseño. Por su parte, el séptimo principio señala que la responsabilidad de educar y orientar al niño conlleva atender el interés superior de éste. La Declaración no define el concepto “interés superior del niño”, por lo que no hay un claro hilo conductor en la utilización del término en ambos principios. En cada enunciado se regula una materia diferente y el peso de velar por dicho interés tiene un diferente receptor en cada uno: en el segundo está dirigido al legislador, mientras que en el séptimo a los cuidadores. Además, es curioso notar que en el séptimo principio, se indica la naturaleza jurídica del concepto, señalando que es un principio, pero no cualquiera, ya que lo cataloga desde ya como un principio rector.

obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

La introducción de este llamado principio rector se condice con los objetivos establecidos en el preámbulo. La última consideración del preámbulo afirma que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”, esta hermosa frase encierra la consumación del “interés superior del niño”.

Cabe señalar que si bien los avances son varios, la Declaración es un instrumento insuficiente, incluso para su época. Una vez más no se define lo que se entiende como “niño” y los derechos nombrados no forman una regulación conjunta de derechos fundamentales, políticos, sociales, culturales, por el contrario, se nombran solo algunos derechos representativos de cada rama sin lograr un único cuerpo aplicable. Por otro lado, la Declaración le otorga poca autonomía al niño, pero ello se condice con la visión de niño de la época, esto es, como objeto de protección y no como un sujeto de derecho capaz de participar en su desarrollo.

Durante los años 60' en adelante se experimentó una expansión de instrumentos internacionales a ramas de derechos específicos y grupos concretos. Varias declaraciones y tratados incluyeron cierta regulación sobre los derechos de la niñez. Sin embargo, los hitos antes descritos son los antecedentes más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. La masificación de normativas se enmarca dentro de un período caracterizado por el perfeccionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movimiento que tiene como fin ulterior la igual protección de derechos para todos los seres humanos sin distinción.

2. Convención sobre Derechos de los Niños

La tendencia hacia el perfeccionamiento de los Derechos Humanos, impulsó la adopción de múltiples instrumentos internacionales, caracterizados por ser cada vez más técnicos. Es así como se prefirió desarrollar tratados, tanto a nivel global como regional, sobre materias específicas o dirigidos a grupos humanos más necesitados de protección. A modo de ejemplificar esta proliferación se pueden mencionar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración Americana de

Derechos Humanos. Los niños, niñas y adolescentes no quedaron fuera de esta esfera de acción, de hecho fueron considerados en todos los instrumentos internacionales precedentes. No obstante, no fue hasta 1989 que se logró un cuerpo normativo que se adaptara de forma holística a la realidad de los menores de edad.

La presión internacional, en defensa de los intereses de los niños, animó a las Naciones Unidas a declarar en 1979 el Año Internacional del Niño con la intención de otorgar protagonismo al niño en todas las discusiones. Debido a que la materia a tratar es de un alto contenido social y cultural, el esfuerzo por alcanzar un consenso sobre los derechos que se debían incluir, continuó por una década.¹⁵ Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, exactamente 30 años desde la promulgación de la Declaración de Ginebra de 1959. La promulgación de la Convención estuvo marcada por una gran adhesión internacional, entrando en vigor el 20 de septiembre de 1990 gracias a la expedita ratificación del mínimo de 20 países.¹⁶

Dentro de la evolución de los derechos del niño, la Convención constituye un hecho histórico de gran valor por ser el primer instrumento con poder vinculante. A diferencia de las declaraciones anteriores, este cuerpo ofrece a los Estados, en sus artículos 46 y 47¹⁷ la posibilidad de firmar o ratificar respectivamente. La acción de firmar demuestra un apoyo preliminar sin establecer una obligación jurídicamente vinculante, pues significa que el Estado analizará el tratado en relación a su legislación nacional, sin el deber de avanzar hacia la ratificación del mismo. Por su parte, el acto de ratificar implica un compromiso jurídicamente vinculante de acatar el contenido del tratado habiendo firmado primero.¹⁸ La adhesión al tratado

¹⁵ UNICEF. Estado Mundial de la Infancia: Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2009. p.5

¹⁶ *Ibíd.* p.6

¹⁷ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, Artículo 46: *La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.*

Artículo 47: *La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.*

¹⁸ UNICEF. Firma, Ratificación y Adhesión [en línea]

<http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30207.html> [Consulta: 11 junio 2014]

es impresionante, pues hasta la fecha todos los países lo han firmado, y sólo dos de ellos – Estados Unidos y Somalia – no lo han ratificado.¹⁹

A fin de reforzar la obligatoriedad del tratado, la Convención contempla un sistema de inspección a través de la creación del Comité de los Derechos del Niño. Dicho órgano tiene la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes²⁰. A su vez, sus miembros se comprometen a presentar al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos pactados²¹.

En adición a su valor como primer tratado universal y obligatorio, la Convención incorpora varias novedades. De partida, el cuerpo legal delimita el concepto ‘niño’. El artículo 1º define niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad. La explicitación del límite etario constituye una garantía pues el concepto ya no puede ser objeto de interpretación al estar identificado legalmente.

En el preámbulo se nos recuerda que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todo niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de ello, continúa estableciendo que por las condiciones especialísimas de la niñez, es necesario una normativa que se adapte a sus necesidades e intereses de forma complementaria. Es sí como se opta por desarrollar una rama nueva de derecho pero que se desprende de la regla más básica: la dignidad humana. Es decir, los derechos del niño se ligan a los derechos humanos de modo que se logra una protección reforzada.

La decisión de potenciar una rama jurídica específica que se adapte a la realidad de la niñez implica reconocer al niño como persona pero con cualidades únicas. En este sentido Miguel Cillero afirma que “la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares

¹⁹ UNITED NATIONS. Treaty Collection [en línea]
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>
[Consulta: 13 junio 2014]

²⁰ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Art. 43º

²¹ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Art. 44º

circunstancias de vida de la infancia/adolescencia.”²² Una regulación exclusiva que realza las características de los niños, los acerca en igualdad y derechos al resto de las personas, pues les brinda las herramientas que necesitan para desarrollarse. Hacer caso omiso a las diferencias no iguala a los menores de edad, por el contrario, los pone en una situación de precariedad pues tener derechos que no se adaptan a sus necesidades es lo mismo que no tenerlos.

Reconocer al niño como persona significa identificarlo como sujeto de derecho y no como objeto de derecho. Mary Beloff, en conformidad a la doctrina mayoritaria, aproxima esta novedad señalando que con anterioridad a la Convención, la situación de la infancia y juventud se regulaba de acuerdo a la “doctrina de la situación irregular”²³, la cual concibe al niño por lo que no sabe, no tiene o no es capaz²⁴. Esta visión se aparta del enfoque jurídico al promover la realización material del niño y adolescente, es decir se concentra en necesidades mas no en derechos. En cambio, la Convención vino a instaurar una ‘protección integral de derechos’²⁵, visión judicializada que reconoce al niño como persona, esto es, con derechos, intereses y opinión. En este sentido, Miguel Cillero vislumbra el mismo cambio cuando asevera que sólo con el proceso iniciado con la Convención los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, pues a partir de su adopción se concibe que el niño pueda oponer sus derechos como límite y orientación a la actuación de sus padres o el Estado²⁶.

La identificación del niño como sujeto de derecho implica que se reconoce su capacidad de goce. La dificultad de su condición reside en su incapacidad de ejercicio, pues no puede practicar sus derechos subjetivos de forma personal. Se adopta la Convención precisamente

²² CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. p.5

²³ BELOFF, Mary. Artículo: “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En: Justicia y Derechos del Niño. N°1. Unicef. 1999. p. 13

²⁴ Mary Beloff cita al autor Antonio Carlos Gomes da Costa. P. 13

²⁵ BELOFF, Mary. Artículo: “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En: Justicia y Derechos del Niño. N°1. Unicef. 1999. p. 16

²⁶ CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. p.7

porque la población menor de edad está en una situación de vulnerabilidad por no tener poder decisivo en situaciones que comprometen su bienestar. Con el fin de evitar escenarios abusivos, el tratado envuelve medidas que les permiten a los niños el disfrute efectivo de sus derechos.

La CIDH desarrolla esta idea en la Opinión Consultiva N°17, que trata la vigencia de los derechos y garantías respecto a los niños como actores jurisdiccionales. La Comisión observa que la realidad no se ajustaba a lo que dictan los tratados internacionales a favor de los infantes y jóvenes. Las garantías del debido proceso no se trasladaban a los procesos que involucraban a dicho grupo humano por considerar que las medidas de protección suplían a los derechos. En consecuencia, la Corte aclara que “los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección”²⁷ y “que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal.”²⁸ La Opinión Consultiva da cuenta que comprender al niño como sujeto de derecho implica el reconocimiento de todos los derechos humanos, de forma que si no se ajustan al contexto de la niñez, el Estado tiene el deber de adaptarlos a fin de garantizar plena satisfacción.

Se destaca que la clave para concebir al niño como portador de derechos, es valorar su participación en el proceso decisorio. La Convención constituye una nueva concepción del niño y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado en el sentido que la infancia es comprendida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía.²⁹ En el cuerpo internacional se encuentran referencias explícitas al protagonismo que se le reconoce al niño. Por ejemplo, el artículo 5° desarrolla la idea a nivel social estableciendo que la dirección parental debe estar en consonancia con la evolución de las facultades del niño³⁰ mientras que el artículo 12° establece la obligación de atender a la opinión del niño o adolescente en todos los

²⁷ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr.1°

²⁸ *Ibíd.* párrafo 10°

²⁹ CILLERO, Miguel. “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en *Derecho a tener derechos*, tomo IV. UNICEF-INN (eds.), Montevideo, 1999 p. 4

³⁰ CDN, Artículo 5°: *Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

asuntos que le afecten, especialmente en los procedimientos judiciales³¹. Se plantea que el niño no debe ser moldeado, por el contrario, se le debe proporcionar las herramientas necesarias para que alcance un desarrollo personal para alcanzar a su propia identidad.

El propósito de la Naciones Unidas detrás de la Convención fue adoptar un instrumento que proporcione una adecuada protección a la población menor de dieciocho años. Existían varios tratados y declaraciones que regulaban derechos específicos pero ninguno que se centrará en los niños de forma completa. Es por esto que se decide reunir en la Convención derechos fundamentales de diversa índole: humanitarios, civiles y políticos, económicos, culturales y sociales. La idea es proteger los derechos de manera conjunta de modo que se alcance un desarrollo holístico de la infancia. Es decir, la satisfacción de los derechos en la Convención sólo será plena si el niño los disfruta como si fueran uno sólo.

Por último, cabe destacar que la Convención forma parte de un sistema normativo global integrado por instrumentos internacionales y normas consuetudinarias, que sirve como parámetro interpretativo. La interrelación de los tratados se condice con los principios expresados en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que viene a potenciar la cooperación pacífica entre naciones asentando la idea de unidad. En el ámbito regional, la CIDH rescata la Convención de Viena para afirmar que, “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños”³². Asimismo, la Comisión Interamericana ha enfatizado que el cuerpo de protección de la infancia y juventud además de comprender instrumentos normativos se enriquece con las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales³³.

³¹ CDN, Artículo 12º: (1) *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.* (2) *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

³² CIDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 considerando nº 194

³³ UNICEF. Estado Mundial de la Infancia: Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2009 p. 9

Es de radical importancia para los niños americanos una comprensión unitaria de sus derechos humanos, pues la integración de la Convención a la CADH, implica acogerse a la jurisdicción de la CIDH. El artículo 19º de la CADH observa que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Las medidas de protección que se hacen referencia se regulan justamente por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En un principio, la Corte consideraba que si un menor de edad era vulnerado en relación a la CADH, ello constituía un agravante de responsabilidad, mas no una vulneración en sí misma³⁴. Por su parte, la doctrina actual, que tiene como precedente las sentencias “Menores Detenidos vs. Honduras³⁵” y “Niños de la Calle I”³⁶ ambas del año 1999, interpreta la vulneración de un derecho comprendido en la Convención sobre los Derechos del Niño como una infracción al artículo 19º de la CADH, por tanto sancionable directamente. La Corte precisa que el contenido y alcance general de la infracción se desprende del conjunto de derechos establecidos a favor de los niños³⁷. En este sentido, toma especial relevancia el Interés Superior del Niño, puesto que las obligaciones emanadas de la Convención, es decir las medidas de protección, están en consonancia con dicho concepto. La inexistencia o insuficiencia de una medida de protección que tiene como resultado la vulneración de un derecho es además un perjuicio en razón del Interés Superior. “En consecuencia, el principio de Interés Superior del Niño funciona en este sentido como un elemento de interpretación normativo de la CADH, cuyo último interprete y garante en el sistema interamericano de derechos humanos es la Corte IDH”³⁸.

2.1 Contenido del artículo 3º párrafo 1º

El artículo tercero párrafo primero de la Convención regula la adopción de medidas que conciernan a los niños en los tres poderes del Estado. El presente trabajo se concentra en la

³⁴ DELPIANO LIRA, Cristián. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Conference paper*. 4 de junio de 2013 p. 3 y 4. En referencia al caso 10.380, informe nº42/90, punto resolutivo nº2

³⁵ CIDH caso 11.491 informe nº41/99, 10 marzo 1999

³⁶ CIDH Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999

³⁷ CIDH Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999 considerando 194

³⁸ DELPIANO LIRA, Cristián. *Ob. Cit.*,p. 6

naturaleza y alcance de dicha disposición pero específicamente en el área judicial. Con todo, es necesario abordar de forma breve totalidad de la norma a fin contextualizar la discusión.

A continuación se transcribe el artículo tercero párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

La redacción de la disposición es bastante amplia, lo cual significa que la esfera de acción del Interés Superior del Niño es convenientemente extensa. En primer lugar, se refiere a *“todas las medidas”* sin precisiones, de modo que, como ha afirmado el Comité sobre los Derechos del Niño, ello incluye tanto acciones como omisiones³⁹. Asimismo, va dirigida a los tres poderes del Estado en adición a las instituciones sociales que acompañan la labor de dichos poderes sin especificar características concretas.

La condición que debe cumplir la medida para pertenecer al ámbito de regulación es que concierna a un niño, niña o adolescente. Debido que no se detalla el modo en que debe concernir al niño, se entiende que puede ser de manera directa o indirecta⁴⁰. La extensión a las consecuencias indirectas tiene su fundamento en la indefensión en que se encuentran los niños, al no tener la misma posibilidad de expresar su interés o punto de vista que los adultos. Se suple esta carencia, obligando a las autoridades que evalúen los efectos que podrá tener una medida si razonablemente se estima que podría incumbir a aquel grupo etario. Es decir, aunque la discusión central no sea sobre los derechos de la infancia, se velará por su protección puesto que merecen especial atención.

El Comité sobre los Derechos del Niño, observa que el artículo usa el plural “niños” por lo que guarda los derechos e intereses del niño de carácter individual y en su faceta colectiva. Sin

³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013 párrafo 18

⁴⁰ *Ibíd.* Párrafo 12

embargo, recalca que a pesar de enfrentarse ante un grupo de infantes y jóvenes, la evaluación de los efectos debe hacerse siempre de manera individual puesto que la colectividad viene de la suma de los intereses individuales de cada ser único⁴¹.

Continúa la disposición indicando que “*una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. El Comité sobre los Derechos del Niño manifiesta que “la expresión ‘a que se atenderá’ impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.”⁴² La literalidad del artículo no deja espacio para valorar los efectos de una medida de forma alternativa, describe una única aproximación. No obstante, cabe destacar que la Convención no explica la manera en que debe atenderse, dejando un vacío en cuanto a su aplicación⁴³. Es por esto, que luego de 24 años, el Comité vino a enunciar reglas específicas de aplicación en la Observación General n°14 del año 2013.

En la misma oración eleva el concepto del interés superior a una consideración primordial, aclarando su nivel jerárquico respecto a otros factores o intereses de otros grupos humanos. Nuevamente, se introduce un mecanismo en contra de la indefensión de los jóvenes, se entiende porque si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.⁴⁴

La Convención introduce por primera vez en un cuerpo normativo vinculante el interés superior del niño, sin embargo, no se conforma con ello, además lo eleva a una consideración primordial. A pesar de destacar el concepto como primordial y de ser mencionado en varios artículos más a lo largo del tratado, no ofrece una definición de aquél. El contenido y función de esta compleja expresión se estudiará en la unidad siguiente, simplemente se adelanta que se relaciona con los derechos de cada niño y funciona como un límite a la discrecionalidad de la autoridad.

⁴¹ *Ibíd.* Párrafos 21-24

⁴² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas). Observación General N° 14.

“Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013 párrafo 36

⁴³ ZERMATTEN, Jean. “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003 p. 5

⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas). Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013 párrafo 37

Recapitulando, el artículo tercero párrafo primero de la Convención, introduce como requisito obligatorio la ponderación del interés superior del niño, en el proceso de decisión de toda medida que concierna a la niñez, elevando su importancia a una consideración primordial. Hasta antes de la Convención, el interés superior del niño no era más que una buena intención, con su introducción al tratado adquiere un nuevo significado como requisito indispensable.

El interés superior del niño ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos de la niñez, de modo que se ha alcanzado una construcción jurídica con un importante grado de desarrollo, por lo que el concepto debe ser interpretado a la luz de este nuevo contexto⁴⁵. Sin perjuicio de ser una traducción de la evolución que ha presentado el derecho de los niños, su potencial no se había vislumbrado hasta la implementación de la Observación N° 14 del Comité respectivo. Se ha destacado el interés superior del niño en relación a su virtud como elemento de ponderación, sin embargo, en este trabajo destaco su rol en un proceso de reestructuración de la toma de decisiones que conciernan al niño, niña o adolescente. El verdadero valor del concepto es haber permitido un vuelco en el modo de atender las medidas de tal modo que se garanticen los derechos del niño. Elevar el interés superior a una consideración primordial que debe ser atendida significa comprender el método decisorio de forma diferente, fija un estándar apreciando las consecuencias en toda medida.

En un primer momento se interpreta el interés superior del niño como un reflejo de los avances de los derechos del niño, en el sentido que realza la importancia de la persona del niño. Este trabajo pretende indagar en el potencial normativo del interés superior del niño en concordancia con la literalidad del artículo y las recomendaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño. En el pasado se ha notado que en la práctica el concepto en cuestión se ha implementado en calidad de refrán y no como norma. De este modo, se aprecia que las últimas sentencias de la CIDH en conjunto con las observaciones del Comité originan un vuelco en la comprensión legal del interés superior del niño y cómo debe plantearse en juicio.

⁴⁵ CILLERO, MIGUEL. *El Interés...* ob cit.p.7

2.2 Introducción del Interés Superior del Niño al Ordenamiento Jurídico chileno

En perspectiva, la situación inicial del desarrollo jurídico es la dictación del Código Civil en 1855. El modo en que se regulan los derechos y obligaciones entre padres e hijos es un reflejo fiel de la imagen familiar de la época, esto es, que los asuntos familiares se resuelven a puertas cerradas donde el padre de familia ostentaba amplias atribuciones y los niños no tenían poder de participación.

El Estado de Chile no estuvo ajeno al movimiento internacional a favor de la proclamación de los derechos de los niños, por ejemplo, participó en 1912 del Primer Congreso Español de Higiene Escolar de Barcelona, en 1919 del Segundo Congreso Americano del Niño de Montevideo, además en 1924 firma el reglamento de la Cruz Roja Juvenil y así sucesivamente. Sin embargo, a nivel nacional se experimentó una evolución a su propio ritmo en congruencia a su contexto político y cultural.

Los avances históricos anteriores a la Convención sobre los Derechos del Niño exceden las pretensiones de esta memoria por lo que simplemente se nombrará que hasta la adopción del tratado las leyes más importantes que asentaron el camino hacia una concepción moderna fueron: la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza Primaria y Normal de 1860; la ley N°2.675 sobre Infancia Desvalida de 1912; la ley N°4.447 que crea los Juzgados de Menores, Casas de Menores y la Dirección General de la Protección de Menores de 1928; la ley N°5.750 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimentarias de 1935; la ley N°14.550 que regula la Justicia de Menores de 1961; la ley N°14.907 sobre Protección de Menores de 1962; la ley N°14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimentarias de 1962; la ley N°16.618 de Menores de 1967 y el Decreto Ley N°2.465 que crea el Servicio Nacional de Menores de 1979⁴⁶.

⁴⁶ BAEZA CONCHA, Gloria. "El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, núm. 2, 2001 pp. 358-389

Las normas mencionadas evidencian una preocupación por el bienestar de los niños, niñas y adolescente. No obstante, la comunidad internacional opina que más allá de las diferencias culturales debe constituirse un cuerpo legal que proporcionen estándares mínimos a todos los seres humanos menores de 18 años por igual. Es por esto que luego de numerosos debates las Naciones Unidas adopta el 20 de noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos de los Niños. Chile firma y suscribe la Convención el 26 de enero de 1990. Mientras que el 10 de julio de ese año es aprobada unánimemente por ambas cámaras del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto del mismo año. Fue promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, entrando en vigencia en Chile a partir de esa fecha⁴⁷.

A partir de la publicación en el Diario Oficial, se introduce la Convención como tratado internacional al sistema normativo nacional, y con ello el concepto “Interés Superior del Niño”, extraño hasta ese entonces a la legislación chilena. El artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. De acuerdo a los párrafos anteriores, los derechos del niño son derechos humanos por fundarse en la dignidad humana, por lo que, de conformidad a la Carta Fundamental, se encuentran en una situación de privilegio en comparación a otros tratados que no versan sobre derechos esenciales. De este modo la Convención viene a limitar el ejercicio de la soberanía nacional, de tal forma que los tres poderes de gobierno deben observar su contenido en el desarrollo de su labor.

De acuerdo al artículo 44 de la Convención los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en ella y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de aquellos derechos en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia para cada país respecto y en lo sucesivo cada cinco años. Se hace presente que la realización de los informes

⁴⁷ BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, núm. 2, 2001 p. 355

por parte de los Estados Partes y de las observaciones finales por parte del Comité requieren una gran dedicación por lo que sus respectivas presentaciones están desfasadas en cuanto a su tiempo de emisión.

En el informe inicial⁴⁸ presentado por Chile en 1993, se enumeran una cantidad importante de leyes, decretos, medidas de protección y proyectos de ley que pretenden armonizar la legislación y política interna con las disposiciones de la Convención suscrita⁴⁹. Ninguna de las medidas legislativas emprendidas contempla el “interés superior del niño”, sin embargo, se rescata que estos antecedentes legales suscriban los ideales de la Convención. Cabe señalar que en el mismo informe Chile se hace cargo del hecho de no haber introducido el concepto en estudio en la legislación. En el tercer capítulo del documento, bajo el título “Principios Generales” y el subtítulo “El Interés Superior del Niño”, se advierte lo siguiente: “Este principio, si bien no se encuentra consagrado de manera expresa en las normas internas previas a la Convención, se ha incorporado a la legislación a través de ésta.” Luego se excusa aclarando que el desarrollo de las políticas públicas dirigidas a la infancia da cuenta de la relevancia que Chile asigna al interés de los niños. Asimismo, en el párrafo siguiente advierte la dificultad de profundizar en medidas acordes, especialmente en el sector de justicia penal juvenil, puesto que algunos sectores de la sociedad estiman que el interés superior del joven es contrapuesto al interés de la sociedad en la preservación del orden y seguridad pública⁵⁰.

En respuesta al informe inicial, el Comité emitió sus observaciones finales⁵¹ en 1994. El documento reconoce positivamente que la Convención tenga fuerza de ley y que sus disposiciones sean invocadas directamente ante los tribunales de justicia. Por otro lado, reconoce como dificultad el proceso de transición hacia un gobierno democrático, pues el Congreso se ve enfrentado a la necesidad de introducir reformas jurídicas de gran envergadura. Sin perjuicio de ello, el Comité “recomienda que el Gobierno realice esfuerzos especiales para armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención y también para garantizar, a la luz de los principios generales de ésta, como se establece en su artículo 3°, que

⁴⁸ CRC/C/3/Add.18 Fecha: 22 de julio de 1993

⁴⁹ Sobre más información sobre las medidas legislativas adoptadas véase páginas 9-12 del informe.

⁵⁰ CRC/C/3/Add.18 Fecha: 22 de julio de 1993 Párrafos 65 y 66

⁵¹ CRC/C/15/Add.22 Fecha: 22 de abril de 1994

los mejores intereses del niño sean la consideración principal en todas las medidas que afecten a los niños, incluidas las que adopte el Parlamento”⁵².

Durante el transcurso de tiempo entre el pronunciamiento de las observaciones finales del informe inicial y la elaboración del primer informe, se destaca la promulgación de la ley N°19.585 en el año 1998 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Es la primera ley nacional que incorpora directamente el interés superior del niño, en su artículo 222⁵³ como preocupación fundamental de los padres hacia los hijos, y en su artículo 242 inciso 2º⁵⁴ como consideración primordial a la hora de tomar decisiones concernientes a niños, niñas o adolescentes. En otras disposiciones de la ley no se instituye expresamente el interés superior del niño pero se usan expresiones como “bienestar del niño” o “conveniencia para el hijo” aludiendo a los ideales establecidos en la Convención.

Los cambios legislativos se manifiestan en el primer informe⁵⁵ emitido por Chile concluido en 1999, el cual registra una mayor preocupación por la incorporación del interés superior a los tres poderes políticos, pues se menciona constantemente a lo largo del documento. Al respecto se destaca un capítulo dedicado exclusivamente al esfuerzo desplegado en su introducción, enfatizando nuevamente que ello es sin perjuicio de comprender que su incorporación se produce oficialmente con la entrada en vigor de la Convención. Se contempla una sección donde se explica el funcionamiento de los tribunales de menores⁵⁶, judicatura especializada, que en opinión de los redactores del informe posee un manejo de alto nivel del contenido de la Convención. Del mismo modo, se expone sobre la organización del Servicio Nacional de Menores^{57 58} para enfrentar la situación de niños con derechos gravemente

⁵² CRC/C/15/Add.22 Fecha: 22 de abril de 1994 párrafo 14

⁵³ Artículo 222: *Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

⁵⁴ Artículo 242 inciso 2º: *En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.*

⁵⁵ CRC/C/65/Add.13 Fecha: 25 de junio de 2001

⁵⁶ CRC/C/65/Add.13 Fecha: 25 de junio de 2001 párrafos 269 y siguientes

⁵⁷ *Ibíd.* párrafos 278 y siguientes

⁵⁸ En adelante, “SENAME”

vulnerados y la implementación de cursos de capacitación⁵⁹ patrocinados por el ministerio de justicia, SENAME o Gendarmería de Chile, dirigidos a los funcionarios que trabajan con menores de edad.

El mismo día que se promulga la ley N°19.585 se promulga la ley N°19.620 que versa sobre la adopción de menores. En su primer artículo define que el objeto de la ley es velar por el “interés superior del adoptado”. Asimismo, la ley N°19.711 promulgada en el año 2001 que modifica lo regulado por la ley N°16.618 respecto el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres no implementa el vocabulario del artículo tercero de la Convención, no obstante, constituye un avance inspirado en los estándares internacionales, puesto que define un régimen comunicacional más estrecho entre el hijo y el progenitor que no tiene el cuidado personal.

El Comité en sus observaciones finales⁶⁰ subraya que Chile, en conformidad con las recomendaciones efectuadas en la observación anterior, ha promulgado un conjunto de leyes tendientes a armonizar la legislación interna con las disposiciones de la Convención. Resalta sobre todo las mejoras en materia de filiación logradas gracias a la dictación de la ley N°19.585 y disposición del país a adoptar tratados internacionales que profundizan en materias de infancia y juventud.

En cuanto a las dificultades, el Comité opina que Chile debe replantearse la aproximación hacia los niños vulnerados en sus derechos, pues se basa en la tendencia tradicional de la “situación irregular”. El interés superior del niño se satisface con el goce de todos los derechos contenidos en la Convención, incluyendo ser considerado como sujeto de derecho con facultades acordes a su autonomía progresiva. El Comité observa que la ley de menores va en contra del interés superior del niño por fundarse en ideas paternalistas y autoritarias⁶¹ y advierte que se debe modificar prontamente para incluir debidamente la opinión del niño en el proceso decisivo.

⁵⁹ CRC/C/65/Add.13 Fecha: 25 de junio de 2001, párrafos 297 y siguientes

⁶⁰ CRC/C/15/Add.173 Fecha: 3 de abril de 2002

⁶¹ CRC/C/65/Add.13 Fecha: 25 de junio de 2001 párrafos 7 y 8.

En el año 2004 se promulgan la ley N°19.947 sobre matrimonio civil y la ley N°19.968 que crea los tribunales de familia. Estos acontecimientos son un hito histórico por romper con los esquemas conservadores de la sociedad chilena. Las mejoras al sistema judicial fueron múltiples, no obstante, en esta oportunidad se recalca la inclusión del interés superior del niño como un principio rector. De esta forma, la ley N° 19.947 en su artículo 3° establece que las materias de familia deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos, lo cual es reiterado de forma específica para los casos de cese de convivencia conyugal⁶². Por su parte, la ley N°19.968 viene a rediseñar la administración de justicia a fin de enfrentar la creciente proliferación de litigios de acuerdo a su naturaleza específica proporcionando las herramientas adecuadas y erradicando la idea del niño como objeto de protección. En su artículo 16° inciso 2° se establece que *“el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración primordial en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”* En resumidas cuentas, ambos cuerpos normativos incluyen el contenido de la tercera disposición de la Convención de manera explícita.

Es destacable que el inciso 1° del artículo 16° de la ley N°19.968, contempla una pretensión de garantizar la realización de los derechos contenidos en aquel tratado. Plantea que *“[e]sta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.”*

En el año 2005 Chile evacua su segundo informe periódico que corresponde al lapso temporal entre los años 1998 y 2004. En aquél período, la legislación chilena abordó varias recomendaciones del Comité a fin de mejorar la adecuación del sistema nacional al estándar de la Convención. En las Observaciones Finales⁶³, formuladas en el año 2007, el Comité elogia satisfactoriamente que Chile haya atendido a varias de las preocupaciones y recomendaciones manifestadas en el informe previo, sin embargo, lamenta que otras materias se hayan abordado insuficientemente⁶⁴. En este sentido, el Comité valora varias reformas legislativas como las leyes

⁶² LEY N°19.947 ARTS. 27, 21, 85, 55

⁶³ CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007

⁶⁴ CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007 párrafo 15

N°19.585 y N°19.968, pero al mismo tiempo lamenta que todavía no se haya emprendido en la reforma de la ley N°16.618 con el fin de contar con una ley integral de protección del niño, según lo recomendado anteriormente⁶⁵. Asimismo, al Comité le preocupa que la legislación y política nacional no tenga en cuenta cabalmente el interés superior del niño, haciendo énfasis en la actitud paternalista frente a los niños que afecta su capacidad de ejercer los derechos consagrados en la Convención. Su recomendación es la incorporación plena del concepto en todos los ámbitos de acción⁶⁶.

El gobierno de Chile presenta el 3° informe periódico en el año 2012, aun no se cuenta con las observaciones por parte del Comité respectivo. En el informe presentado, se trata específicamente la falencia observada por el órgano internacional en cuanto a la insatisfactoria incorporación del interés superior del niño en todas las materias. El informe, destaca que en consonancia a dicha recomendación, el “principio se ha considerado de manera transversal en las orientaciones técnicas de todas las líneas de acción del SENAME”⁶⁷. Luego se destaca el trabajo realizado con los jueces de familia a fin de revisar y perfeccionar los mecanismos dirigidos a la adopción de medidas protectoras⁶⁸. Estos esfuerzos están en concordancia con la carga impuesta por el artículo 3° de la Convención ya que su transversalidad es explícita. Por último, en el área que comprende el presente trabajo, se señalan los cambios realizados en materia de adopción para incorporar el principio, enfatizando que el objetivo de la ley es restituir el derecho del niño a tener una familia por sobre cualquier otro interés que pueda manifestar un adulto involucrado en el proceso⁶⁹.

⁶⁵ CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007 párrafos 3 y 7

⁶⁶ CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007 párrafos 32 y 33

⁶⁷ CRC/C/CHL/4-5, informe consolidado del Gobierno de Chile de fecha septiembre 2012 párrafo 47

⁶⁸ ibíd. párrafo 48

⁶⁹ ibíd. párrafo 50

CAPITULO 2:

Aproximación al Concepto de Interés Superior del Niño”

La Convención sobre los Derechos del Niño impone a las autoridades que todas las medidas concernientes a los niños sean tomadas en consideración al interés superior del niño de forma primordial. A pesar de la imposición, la Convención se abstiene de definir el concepto, determinar su naturaleza jurídica y ejemplificar su aplicación. De manera que a fin de llenar este vacío se debe acudir a la labor de la doctrina y jurisprudencia, quienes desde la promulgación de la Convención han formulado diversas teorías.

La identificación del concepto con una naturaleza jurídica determinada es de suma importancia pues su modo de operar dependerá de ello. Es así como, en caso que el interés superior del niño sea un principio, su función estará limitada por la ponderación de derechos en conflictos, lo que en la práctica significa que el juez deberá desarrollar su razonamiento lógico y cómo el peso relativo de cada derecho favorece al interés del niño en concreto. Por el contrario, si se determina que es un derecho sustantivo, el interés superior tendrá aplicación directa y la prueba recaerá sobre él mismo. La inexistencia de un consenso es perjudicial para los niños por proliferar la inseguridad jurídica e impedir un control adecuado de acuerdo a su modo de operar.

En vista de ello, a continuación se expondrán las opiniones de los autores más destacados en el mundo hispano así como las sentencias más influyentes como reflejo de las corrientes de los últimos años. Se finalizará con las conclusiones del Comité sobre los derechos del niño contenidas en la Observación N° 14 que buscan uniformar la definición y aplicación del interés superior del niño.

1. Aproximación desde la Doctrina

A modo introductorio se destaca que si bien en la misma Convención no se define la naturaleza jurídica del concepto en cuestión, luego en un documento emanado por el Comité respectivo se alude al interés superior como un principio rector. El Comité de los Derechos del

Niño en 1991 emitió orientaciones⁷⁰ respecto a la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados según el artículo 44° de la Convención. Bajo el apartado “Principios Generales” se explica que los miembros deben aportar información pertinente sobre el cumplimiento y aplicación de las disposiciones de la Convención en lo que se refiere a los principios de no discriminación; al interés superior del niño; al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; y al respeto a la opinión del niño. El acento en estas cuatro disposiciones, catalogadas como principios fundamentales, se repite en Observaciones Generales emitidas por el Comité con posterioridad y en la Opinión Consultiva N°17 sobre la condición jurídica del niño emitida por la CIDH⁷¹.

Una breve investigación sobre la naturaleza jurídica del interés superior arroja como conclusión que la mayoría de los autores lo consideran un principio jurídico, seguramente siguiendo la nomenclatura introducida por el Comité. En este ámbito se destaca el trabajo de María Josefa Méndez Costa quien ha profundizado en el rol de los principios jurídicos, específicamente en el derecho de familia. La autora concluye que los principios que emanan de la *afectio familiae*, son principios en el sentido que Ronald Dworkin señala, esto es, estándares que responden a una exigencia de justicia; pero agrega, con un fuerte contenido ontológico en tanto coinciden con los derechos humanos fundamentales. Es así como identifica el interés superior del niño con los derechos humanos del niño con eficacia interpretativa, programática y de efectividad inmediata⁷².

Dentro de la misma corriente se encuentra Miguel Cillero, quien comparte la visión anterior pero resalta que el interés superior del niño no es simplemente un principio jurídico. Se aventura afirmando que es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva. A fin de comprender la dualidad planteada, es necesario explicar que el autor es enfático en expresar que gracias a la

⁷⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas). Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención. 30 de octubre 1991 (CRC/C/5)

⁷¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Organización de las Naciones Unidas). Comentario General No. 5 párrafo 12, Observación General No.14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 1 y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 59 y 65.

⁷² MENDEZ COSTA, MARIA JOSEFA. “Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia”. Ed. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires. 2006. Pp.28 y 29

promulgación de la Convención, ya no es posible afirmar que el interés superior del niño es una directriz vaga e indeterminada, debido a que su contenido es precisamente el catálogo explícito de derechos contenidos en la misma Convención. Miguel Cillero resalta la necesidad de plantear una discusión hermenéutica en relación al interés superior y los demás derechos de la Convención, debido a que el concepto tiene sentido en la medida que las autoridades se encuentran en estricta sujeción en forma y contenido de los derechos.

Entonces, respecto a su dimensión como principio, el autor también adhiere a la definición de Ronald Dworkin y manifiesta que al considerarse el interés superior del niño como un principio, éste cobra un rol jurídico definido como prescripción imperativa de considerarlo de forma primordial, limitando así a la autoridad a la cual va dirigido. Es curioso, sin embargo, que Cillero cierra esta idea apartándose a la función de un principio y acercándose a lo que se entiende como derecho subjetivo, diciendo que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”⁷³.

Por su parte, en cuanto a la segunda dimensión de dicho principio, el autor cita a Ferrajoli para describir una garantía como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos.⁷⁴ De esta forma, el autor concluye que la Convención formula el principio de interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de todos ellos.

Se rescata la importancia con que Miguel Cillero plantea la necesidad de establecer una discusión hermenéutica del interés superior del niño con el objetivo de erradicar lo más posible la arbitrariedad y el paternalismo en la toma de decisiones estableciendo así un límite claro. Sin embargo, se extraña que el autor no se haya aventurado más profundamente en el modo de aplicar su teoría, puesto que se limita a señalar que para lograr una máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño, “siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no

⁷³ CILLERO, MIGUEL. *El Interés... ob. Cit.* p. 8

⁷⁴ *Ibíd.* p. 8

solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”⁷⁵. Empero, el autor no explica cómo la identificación del interés superior del niño con la naturaleza jurídica de un principio garantista se traduce en el caso concreto.

El destacado académico español Francisco Rivero, se percató de la importancia de describir lineamientos claros para lograr una aplicación lo más objetiva posible del concepto. Sin embargo, en su libro “El Interés Superior del Menor” no dedica mayor despliegue en explicar la naturaleza jurídica del concepto más allá de notar su indeterminación. El autor, al valorar la situación normativa del interés superior, explica que prácticamente ningún autor aclara en qué consiste el interés superior del menor, porque desde la perspectiva normativa se trata de un *standard* jurídico en cuanto es un concepto indeterminado⁷⁶. Sin perjuicio de esta afirmación, Rivero utiliza los términos “principio jurídico” y “estándar jurídico” de forma intercambiable a lo largo de su obra, lo cual sugiere que sigue la corriente que define un principio como un estándar de justicia. Más allá de la situación normativa, el autor estudia el concepto desde su indeterminación, pues es desde esta situación que se deriva la necesidad de concurrencia de una serie de requisitos para poder dar respuesta a la cuestión problemática, esto es, definir el interés superior concretamente. Para ello el autor explica que se deben conocer todas las opciones posibles, los resultados previsibles de cada una, la probabilidad de cada resultado y el valor vinculado a cada uno de estos, lo cual implica que idénticos problemas pueden obtener muy distintas respuestas según el niño, niña o adolescente en cuestión⁷⁷. De esta forma, Rivero resalta que la trascendencia del interés superior del niño es valorar la individualidad del menor por lo que el concepto toma un valor instrumental, en el sentido que es el resultado de una realización de un juicio de valor. Desde el punto de vista jurídico, el interés del menor no es objeto directo del debate, no se reclama como objeto de una pretensión, sino que se discute sobre ciertos derechos en que el interés del niño está implicado porque además de ser contenido de sus derechos, es parámetro de valoración⁷⁸. En definitiva, el autor no estima que el interés superior

⁷⁵ CILLERO, MIGUEL. *El Interés... ob. Cit.* p. 12

⁷⁶ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *El Interés Superior del Menor*. Madrid, Editorial Dykinson, 2000 p. 26

⁷⁷ *Ibíd.* p. 79. En referencia a PARKER, Stephen, “The best interest of the Child. Principles and problems”, *International Journal of Law and the Family*, abril 1994 pp. 29-30

⁷⁸ *Ibíd.* p. 90-91

sea un derecho sustantivo de aplicación directa, por el contrario, estima que es un parámetro de valoración para tomar una medida considerando el interés superior del niño de autos en concreto.

Por último, Cecilia Grosman, académica argentina, no utiliza el término “principio jurídico” para referirse al interés superior del niño en ninguna parte de su obra. Al momento de definir el concepto señala que forma parte de las llamadas “nociones-marco”, en el sentido son una autolimitación del Poder Legislativo que deja en manos del juzgador elaborar una decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto⁷⁹. La autora es aprensiva respecto a la oculta dimensión subjetiva del interés superior pero valora su flexibilidad para adecuarse a situaciones únicas con identidad propia. En razón a lo único de cada caso, es tajante en afirmar que “si bien es clave dar un sentido al paradigma sobre la base de los derechos fundamentales del niño, expresión de sus necesidades básicas, ello no alcanza para establecer cuál es la solución más conveniente en el caso concreto, ya que el derecho establecido puede ser realizado de distintas maneras [...], lo cual] significa que asociar el ‘interés del niño’ al respeto de sus derechos fundamentales reclama, concomitantemente, sopesar las circunstancias de hecho para determinar de qué manera tales derechos, que representan necesidades del niño, pueden recibir el mejor amparo”⁸⁰. Tal afirmación comparte la visión de Miguel Cillero en cuanto el interés superior se debe identificar con los derechos fundamentales, sin embargo, destaca un ámbito importantísimo obviado anteriormente, esto es, que los derechos se basan en hechos, por lo que el proceso de evaluación debe estar dirigido hacia ellos. Finalmente, es significativo recalcar que la autora no pretende dar una solución tajante a la dimensión de subjetividad, dado que es imposible erradicarla, por lo que señala que el juez a la hora de interpretar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto siempre emitirá un juicio de predicción, de tal manera que insiste en la importancia de establecer la posibilidad de revisar la medida.

Es interesante notar que cada autor se concentra en un problema en específico como punto de partida de su teoría. Por instancia, Miguel Cillero lidia con la dificultad de la arbitrariedad desde el contenido del interés superior, mientras que Francisco Rivero lo hace desde los criterios de aplicación y Cecilia Grosman desde la predicción. Nos encontramos con el

⁷⁹ GROSMAN P., Cecilia. Capítulo I: El Interés Superior del Niño. En su: Los Derechos del Niño en la Familia. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998 p. 23

⁸⁰ *Ibíd.* p. 46

obstáculo de que cada teoría por separado es incompleta al darle énfasis a un aspecto sobre otro y no establecer claramente primero la naturaleza jurídica del concepto para luego determinar su función y por último demostrar su aplicación en el caso concreto. Sin embargo, cabe notar que si bien cada uno de los autores expuestos tiene su idea sobre las funciones del interés superior del niño, ya sea definiendo su naturaleza jurídica o no, sus planteamientos no son necesariamente contradictorios entre sí por lo que se podría lograr una teoría inclusiva.

2. Aproximación desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desplegado una valiosa labor a la hora de definir y aplicar el interés superior del niño. La Corte tiene competencia para pronunciarse sobre la vulneración de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra el artículo 19° que dice que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. De esta forma cuando un niño, niña o adolescente ve afectado uno de sus derechos, la Corte resuelve de acuerdo a lo establecido en la Convención respectiva pero debe prestar las medidas de protección adecuadas en relación a su condición de niño.

En razón a este requisito, en el caso conocido como “Niños de la Calle I”, la CIDH estableció que la Convención sobre los Derechos del Niño sirve “para fijar el contenido y alcances de la disposición general definida en el artículo 19° de la Convención Americana”⁸¹. Gracias a este vínculo la Corte empieza a pronunciarse acerca de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de las cuales se encuentra el artículo 3° objeto del presente estudio.

El año 2002 la Comisión Interamericana formula una consulta respecto a la implementación de algunas disposiciones de la Convención Americana en caso que los actores

⁸¹ CIDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Considerando 194

sean menores de edad. La Corte tomó la oportunidad para pronunciarse sobre el interés superior del niño y señaló que aquel principio regulador se funda en la dignidad misma del ser humano y que viene a asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, de tal forma que se le permita al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades⁸².

En la primera década de este siglo, en los casos que involucraban niños, niñas o adolescentes, respecto al interés superior del niño, la Corte se limitaba a citar la definición precedente sin adentrar en detalles respecto a cómo se había vulnerado el interés. Como ejemplo de aquello es posible nombrar el caso “Bulacio vs. Argentina”, pues en el párrafo 134° se encuentra la misma definición parafraseada. Del mismo modo en el caso “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, la Corte insiste en que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores”⁸³.

La identificación del interés superior del niño con sus derechos es una postura sólida, avalada por la doctrina que se ha mantenido en el tiempo y que permite combatir la arbitrariedad. El problema de los casos mencionados no es la definición que ocupan del concepto, sino que no ahondan en el interés del niño en concreto. Es más, en el caso “Yean y Bosico vs. República Dominicana”, la Corte indica que “no se pronunciará sobre la presunta violación aislada del artículo 19° de la Convención Americana sino que incluirá su decisión al respecto junto al análisis de los demás artículos pertinentes”⁸⁴. Aquella afirmación sorprende toda vez que el artículo 3° de la CDN establece la necesidad de considerar el interés superior del niño de forma primordial en los casos donde hay uno o varios niños afectados. La parte resolutive del fallo se encuentra debidamente fundamentada, sin embargo, no es específica en cómo se vulneró el interés superior, o en qué consistía el interés de los niños involucrados a pesar de expresar que se condena al Estado por haber actuado arbitrariamente de forma contraria al interés superior del niño⁸⁵.

⁸² CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56 y 59 respectivamente

⁸³ CIDH: *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Párr. 134

⁸⁴ *Ibíd.* párr. 135

⁸⁵ *Ibíd.* párr. 166

En definitiva, en la primera década del siglo XXI se muestran indicios de una preocupación por lo estipulado en el artículo 3° párrafo 2° de la CDN bien encaminada. No obstante, no es hasta la segunda década que se logran avances en cuanto a su aplicación concreta. En los casos “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” y “Fornerón e Hija vs. Argentina”, es posible observar que la preocupación principal de la Corte es que el sistema judicial de cada país al pronunciarse sobre el interés superior del niño primero lo determine, luego lo pruebe y por último exponga su fundamentación en la sentencia.

En los casos mencionados nos encontramos frente a la misma descripción consolidada por la CIDH sobre interés superior del niño⁸⁶. Empero, en esta ocasión la Corte se concentra en la aplicación del principio, y dado que en ambos casos la vulneración se produce por arbitrariedad judicial, la Corte tiene la posibilidad de ser más enfática en como debiesen evaluar el interés superior. De esta manera, la Corte da cuenta de la implementación del principio en cuestión y expresa que el interés es casuístico.

En el caso “Atala” la Corte explica que la determinación del interés superior se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso como son las características individuales del niño en concreto, la red de apoyo del niño y los riesgos posibles entre otros, para luego evaluar el impacto de ello en el desarrollo y bienestar del niño⁸⁷. A partir de esta explicación, la Corte concluye que el interés superior del niño es un fin legítimo en abstracto, pero que la sola referencia al mismo, sin probar en concreto el impacto de la decisión sobre él, no puede servir como medida idónea⁸⁸. Del mismo modo, en el caso “Fornerón”, la Corte desestimó el modo en que el aparato judicial argentino determinó el interés superior de la niña en autos, afirmando que al haberse basado en ideas predeterminadas objeto de estereotipos, no velaron efectivamente por el interés de la niña⁸⁹, ya que no atendieron a la exigencia de evaluar el interés según el derecho en atención a sus necesidades concretas. A raíz de ello, es posible afirmar que el fallo “Atala” “marca un hito en el sentido que la esencia enunciativa del interés superior del niño va más allá de las formalidades jurídicas, o la retórica del derecho

⁸⁶ Ver: CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párrf 108 y Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 párr. 49

⁸⁷ CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr. 109

⁸⁸ CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr. 110

⁸⁹ Ver: CIDH: Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 párr. 100

positivo. Su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar decisiones.”⁹⁰

Esta conclusión es fundamental para el desarrollo que ha tomado el interés superior del niño, puesto que está íntimamente ligada a la observación que hace la Corte sobre la obligación de fundamentar las sentencias. En ambos casos la Corte es firme en manifestar que no sirve pretender decidir por el interés del niño, pues si no se prueba la motivación esgrimida no se puede alcanzar el fin ulterior de protección⁹¹ y se deben esgrimir las implicancias de la medida sobre el bienestar y desarrollo del niño⁹². Los casos son bastantes demostrativos porque en ambos el máximo tribunal del país respectivo apeló al interés superior en un sentido interpretativo muy abierto que terminó afectando los derechos de los niños y también el de los adultos involucrados⁹³.

Hay un gran paso desde simplemente exponer de qué se trata el principio a resaltar la importancia de adecuar el interés superior a las particularidades del niño afectado. Existe un nuevo paradigma para aproximarse al interés superior del niño que respeta al niño, niña y adolescente como sujetos de derechos y que aprovecha la flexibilidad del concepto para abarcar las particularidades únicas de cada cual. Sobre los casos “Atala” y “Fornerón” se discutirá más detalladamente en las siguientes secciones dedicadas a la evaluación y determinación del concepto como a la obligatoriedad de la fundamentación de la sentencia.

Es posible concluir que la Corte no se concentra en la discusión sobre la naturaleza jurídica del interés superior del niño, se limita a utilizar la nomenclatura presentada por el Comité. Sin perjuicio de ello, de los casos expuestos se pueden rescatar importantes ideas sobre el interés superior. En primer lugar, el interés superior del niño es un derecho humano por encontrar su fundamentación en la dignidad misma de la persona. En segundo lugar, no está en discusión que se identifica plenamente con los derechos del niño, en las ocasiones expuestas con aquellos contenidos en ambas Convenciones. En tercer lugar, las características particulares de

⁹⁰ ALEGRE, Silvana., HERNANDEZ, Ximena. y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. SSN 1999-6179. Marzo 2014 p. 26

⁹¹ Ver: CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr.146

⁹² Ver: CIDH: Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 párr.93

⁹³ ALEGRE, Silvana. *Ob. Cit.* p.28

cada niño implican que su interés difiere del de otros, por lo que para decidir en consonancia con la disposición, primero se deben evaluar las circunstancias que rodean el caso para luego determinar el interés superior de acuerdo a ello. En cuarto lugar, no basta con manifestar que se está decidiendo en el interés del niño en concreto, por el contrario, es preciso probar los elementos que permiten su construcción casuística. Por último, ninguna de las precauciones anteriores otorga una protección al niño si no se deja patente en la sentencia cada uno de aquellos pasos de modo que sea posible un control ulterior.

3. Aproximación desde la jurisprudencia nacional

El sistema normativo chileno, al igual que el sistema normativo internacional, no se aventura en definir el interés superior del niño. Como consecuencia, la jurisprudencia chilena es un ejemplo de los cambios de conceptualización experimentados a lo largo de los años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia interamericana. Durante los primeros años de vigencia de la Convención, como se observa en los informes periódicos de la época ya expuestos, el término en estudio no tuvo mayor notoriedad, por lo que la ejemplificación partirá desde la primera década del siglo XXI.

Durante este primer período la regulación sobre el interés superior del niño se encuentra a propósito de los deberes y derechos entre padres e hijos, careciendo de una regulación generalizada. A falta de una definición propia, la judicatura nacional se remite a la nomenclatura propuesta por el Comité de tal modo que trata el interés superior del niño como un principio jurídico.

La sentencia de primera instancia del caso comúnmente conocido como “Atala”, refleja perfectamente la concepción sobre la naturaleza jurídica del término durante este primer período. El considerando 27° de dicha sentencia señala que el interés superior “no es un derecho por si solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, es un principio que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad

respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos”⁹⁴. A raíz de esta definición el tribunal indica que el principio cobra aplicación únicamente frente a una colisión de derechos.

Durante el proceso se pone énfasis en las habilidades parentales antes que en lo que beneficiaría a las niñas de autos. En razón de ello, la magistratura concluye que al no existir una causal calificada de inhabilidad de la madre, no será necesario pronunciarse sobre el interés superior de las menores por no encontrarse derechos en conflicto⁹⁵.

A pesar del mandato normativo de considerar el interés superior de manera primordial, se omite un pronunciamiento sobre aquél más allá de una simple exposición sobre qué se entiende por interés superior. Esto se debe precisamente por estimar que no hay espacio para el interés superior si no es pertinente hacer el ejercicio de ponderación. Se logra apreciar con claridad cómo la concepción sobre la naturaleza jurídica del término influye sustancialmente en su aplicación práctica.

En definitiva, la opinión generalizada de la época respecto la naturaleza jurídica del término llevó a desatender el interés superior de las niñas de autos. Asimismo, se destaca que no se hace alusión en ningún momento de los derechos fundamentales de las niñas a pesar que en el área internacional ya se encontraba consolidada dicha relación.

Al año siguiente, en el año 2004, se promulgó la ley N°19.968 que crea los tribunales de familia. Esta ley en su artículo 16° consagra a nivel legal el interés superior del niño como un principio fundamental de consideración primordial. El artículo viene a reforzar el artículo 3° de la Convención de tal manera que los tribunales nacionales sujeten su decisión a este principio de manera generalizada. Es así como, con regulación expresa, se zanja la discusión a nivel nacional sobre la naturaleza jurídica del interés superior del niño. Sin embargo, nuevamente la regulación no define el contenido del principio por lo que la judicatura se debe remitir a las conclusiones afianzadas por la doctrina. Esta vez, sin embargo, se pone énfasis en la relación entre interés y derechos fundamentales de los niños.

⁹⁴ Juzgado de Menores de Villarica. RIT 9485-2003. Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003.

⁹⁵ Juzgado de Menores de Villarica. RIT 9485-2003. Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003. Considerando 27°

En el año 2006, la Corte de Apelaciones de Santiago afirmó que el interés superior del niño “alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de la vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso.”⁹⁶ Esta aseveración es de gran importancia pues no sólo hace alusión a los derechos fundamentales del niño, sino que además es pionera en señalar que el interés se adapta a lo concreto de cada caso. A nivel interamericano aún no se le daba el peso a la dimensión casuística que luego con los casos “Atala” y “Fornerón” se vino a enfatizar. Por tanto, probablemente, la sentencia se vio influenciada por la doctrina.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la Corte Suprema en el año 2013 expone lo siguiente: “Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de éstos, identificándose de esta manera ‘interés superior’ con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna.”⁹⁷ Se concuerda con lo señalado con los tribunales inferiores pero esta vez se agrega un último elemento: la dimensión de garantía abiertamente defendida por el académico Miguel Cillero.

Con las tres sentencias expuestas provenientes de tribunales de distinta jerarquía queda plasmado que en Chile se entiende el interés superior del niño como un principio jurídico de tal forma que su función es ponderar derechos en conflictos ayudando así a encontrar una interpretación de la norma que garantice los derechos fundamentales del niño. Cada sentencia demuestra cómo con los años se fueron agregando nuevos elementos hasta llegar a la conclusión precedente. Si bien se rescata que se haya logrado establecer un contenido acorde a los

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 218-2006, fecha 22 de junio de 2006

⁹⁷ Corte Suprema, sentencia rol 7150-2012, 14 de enero de 2013. Considerando 12°

principios internacionales, se extraña una regulación generalizada con fuerza vincular que no deje al arbitrio la definición del concepto a cada juez.

Es imperioso establecer una naturaleza y aplicación clara del interés superior del niño, porque la falta de un criterio unánime puede llevar a una incorrecta aplicación del concepto que tenga como consecuencia un perjuicio para el niño de autos. En este sentido, el primer fallo es un ejemplo preciso de la necesidad que observó el Comité de los Derechos del Niño de desarrollar la Observación N°14. Una mala comprensión del concepto llevó a desatender el interés superior de esas niñas, que equivale a decir que se desatendieron sus derechos fundamentales. Por su parte, las dos últimas sentencias si bien atienden a los derechos fundamentales del niño, se limitan a desarrollar la faceta de principio de acuerdo al artículo 16° de la ley N°19.968 sin adentrarse en otros aspectos del término en estudio. Asimismo, se advierte que en ninguna de las definiciones se establece el modo de aplicación del interés superior del niño al igualarse a la función de otros principios jurídicos como solucionadores de colisión de derechos, a pesar de su marcada jerarquía como se verá más adelante.

4. Observación General Número 14 del Comité de los Derechos del Niño

Como ya se expuso, en ausencia a una definición sobre el interés superior del niño en la misma Convención sobre los Derechos del Niño, se optó por utilizar la nomenclatura del Comité quien en 1991 emitió un documento con orientaciones donde estableció tácitamente que el interés superior del niño era un principio fundamental. En aquel tiempo se percibía como una solución razonable, pues aún no se experimentaba como la CDN rompería el paradigma de regulación de derechos de menores. El tratado se promulgó en una época donde las ideas doctrinales de la “situación irregular” eran generalizadas, por lo que no era posible prever los efectos que los novedosos conceptos tendrían en las legislaciones de los Estados Parte.

A pesar de declarar el interés superior del niño como principio fundamental, su concepción –y por ende su aplicación– no fue pacífica. Precisamente la inexistencia de una regulación específica permitió que varias tendencias enriquecieran el concepto. Como se desprende de lo recientemente expuesto las funciones adscritas al interés superior han variado

con el tiempo. A modo de ejemplo, en un comienzo se estimaba que el interés superior tenía valor en sí mismo como principio; sin embargo, a lo largo de los años se concluyó que un valor abstracto no permite velar por la individualidad de las circunstancias por lo que era necesario hallar el interés superior del niño en autos de forma concreta. Asimismo, se han puesto barreras a la discrecionalidad consolidando la postura sobre la identificación del interés superior con los derechos del niño. En otras palabras, la jurisprudencia y la doctrina desarrollaron exigencias en cuanto la aplicación del interés superior que exceden las pretensiones de un principio, aunque sea fundamental. En este sentido, el rol que se le estaba atribuyendo al término excedía el de ponderar derechos en colisión, lo cual se entiende por la exigencia de que sea una consideración primordial en la toma de medidas.

Como consecuencia, luego de 22 años el Comité decide emitir un nuevo documento donde re-establece la naturaleza jurídica del interés superior del niño, pero esta vez, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, adecuándose con las exigencias de la práctica judicial. El Comité de los Derechos del Niño, como órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, publica sus interpretaciones sobre las disposiciones del cuerpo internacional en la forma de Observaciones Generales. El Centro de Investigaciones Innocenti, colaborador de UNICEF, define las Observaciones Generales como interpretaciones que realiza el Comité sobre las provisiones y principios de la Convención en conformidad a su experiencia de vigilancia y monitoreo⁹⁸. En virtud a esta facultad, el año 2013, el Comité publica la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El solo hecho de existir esta Observación da cuenta de los problemas que han tenido los Estados Partes para aplicar el concepto en cuestión. Claramente el problema radicaba en que hasta esta Observación, el Comité había guardado silencio respecto a la naturaleza jurídica del interés superior del niño y la forma en que debía aplicarse. El Comité puntualiza que el objeto de la Observación General N°14 es garantizar que los Estados Partes den efecto al interés superior del niño, definiendo los requisitos para su debida consideración. De esta forma se pretende “promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como

⁹⁸ UNICEF. Centro de Investigación Innocenti. “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño” 2006. p.7

titulares de derechos”⁹⁹. Las palabras “verdadero cambio de actitud” dan cuenta de lo importante que han sido los avances respecto al interés superior del niño, que ha jugado un gran papel en reestructurar el diseño del sistema judicial cuando un niño se ve involucrado.

En los capítulos siguientes se indagará sobre los avances que ha arrojado la doctrina y la jurisprudencia interamericana. Por ahora basta con señalar que el Comité aprovechó la riqueza de aquellas conclusiones para afirmar que el interés superior del niño es un concepto triple, en cuanto tiene la dimensión de un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y la de una norma de procedimiento¹⁰⁰.

En palabras del Comité es un derecho sustantivo en tanto el niño tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que debe evaluarse y tomarse en cuenta al sopesar distintos intereses y la garantía que ello se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño. Salta a la vista la conexión entre esta descripción y lo planteado en los casos más recientes por la CIDH. Asimismo, años atrás Francisco Rivero expuso la importancia de evaluar el interés superior según las circunstancias del caso, mientras que Miguel Cillero afirmó la existencia de una dimensión garantista como protección efectiva de los derechos del niño.

El interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental, en tanto se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva aquél interés. Esta identidad es la más investigada por la Doctrina ante la afirmación del Comité sobre el lugar del interés superior como principio fundamental de la Convención. Es curioso que el propio Comité siga hablando de principio jurídico rector si expresamente identifica estas tres naturalezas jurídicas distintas.

La tercera dimensión es como norma de procedimiento en cuanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de aquella decisión deberá

⁹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 12

¹⁰⁰ La descripción de las tres dimensiones se encuentran en el párrafo 6, letra a,b y c de la respectiva Observación General.

incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado. El Comité recalca que la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere de diversas garantías procesales: la de dejar patente en la justificación de las decisiones que se ha tenido en cuenta explícitamente el derecho de considerar el interés superior, los criterios en que se basaron y el modo en que se efectuó la ponderación de los intereses normativos y concretos del niño. La autora Cecilia Grosman da cuenta de la importancia de estudiar las implicancias de la decisión sobre el desarrollo del niño a lo largo del tiempo, en consideración que el interés superior es dinámico, por lo que cabe ampliamente la posibilidad de que varíe. Sin normas de procedimiento rigurosas, el interés superior del niño pierde su dimensión de garantía pues se transforma en un ideal vacío, lejos de poder ser aplicado como prisma de control judicial.

Es significativo rescatar que el Comité sobre los Derechos del Niño supo incluir las distintas funciones planteadas, ya sea por la doctrina como por la jurisprudencia, para establecer un concepto mucho más completo. El Comité observa que el objetivo del concepto interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, puesto que todos los derechos responden precisamente al interés superior¹⁰¹. Por último, el organismo recalca que para “dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: (a) el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, (b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos, (c) la naturaleza y alcance globales de la Convención, (d) La obligación de los Estados partes a respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención, (e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.”¹⁰²

En definitiva, la adopción de esta triple identidad quiebra el paradigma antes establecido y se busca reestructurar el sistema judicial de tal forma que se logre una visión holística de las circunstancias que rodean a niño, niña o adolescente. En el fondo, el Comité adaptó las

¹⁰¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 4

¹⁰² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 16

funciones del interés superior del niño, a la redacción del artículo 3° número 2° de la CDN, pues si debe ser una consideración primordial debe estar presente en todo momento, como derecho, como principio interpretativo y como norma de procedimiento.

Estableciendo una función clara al interés superior es posible avanzar hacia su determinación casuística y objetiva, puesto que la uniformidad permite el control judicial. A continuación se estudiarán por separado los requisitos para dar pleno efecto a los derechos del niño. Esto es, su correcta identificación con los derechos de la infancia y adolescencia, su evaluación y determinación concreta, la importancia de la prueba en el juicio y la necesidad de fundamentar las sentencias.

CAPITULO III

“El Interés Superior del Niño como concepto determinable de forma objetiva”

Se ha criticado el Interés Superior del Niño por ser un concepto indeterminado que se presta para fundamentar cualquier decisión. En este sentido, la expresión de Savatier resume las críticas de la forma más precisa, el connotado autor francés dice, “*l’intérêt de l’enfant, mot magique! Mais qui couvre souvent les convenances personnelles*”¹⁰³. Sin embargo, se demostrará que una utilización adecuada del término, siguiendo lo propuesto por el Comité, se logra mitigar la aprensión en torno a la arbitrariedad.

El primer paso para contrarrestar la zona de penumbra del término en estudio es su exacta identificación con los derechos del niño. De esta manera, todo juicio en que un menor se vea involucrado, debe comenzar por determinar todos los derechos del niño involucrados por parte del juez, los cuales a lo largo del juicio serán considerados de manera primordial. Esta afirmación puede parecer elemental, sin embargo, un análisis crítico del caso “Atala” a nivel nacional, da cuenta de la necesidad de indagar en este aspecto. Como se estudiará más adelante el error cometido por la Corte Suprema pudo haber sido fácilmente evitado si se hubiera partido identificando los derechos del niño y demás intervinientes par a lograr una decisión ajustada a la ley.

En conjunto con la individualización de los derechos, se procede a la identificación de principios aplicables, si bien el interés superior del niño es un concepto complejo que sobrepasa las funciones de un principio, no se puede dejar de lado esta importante función. Su labor como principio interpretativo permite relacionar los del niño, niña o adolescente con los intereses de los demás involucrados. Debido a que el niño, niña o adolescente no interviene directamente en el juicio, si no que a través del derecho de participación, sus intereses deben protegerse sobre los de los demás quienes pueden intervenir aportando pruebas.

¹⁰³ RIVERO HERNANDEZ, *ob. Cit.* p. 52. Cita a SAVATIER, R., “L’*enfant disputé*”, *Sauvegarde de l’enfance* (1957). [El interés superior del niño, término mágico! Pero que de manera seguida cubre más bien las conveniencias personales] [traducción personal]

1. Identificación con los derechos del niño

Los autores que han dudado del valor jurídico del interés superior del niño, fundan su temor en la indeterminación del concepto, pues estiman que al no estar delimitado su contorno, el juez puede invocar concepciones sociales predeterminadas para fundamentar cualquier decisión o incluso no respetar los requisitos que impone la ley argumentando que la norma no considera el interés superior. En vista de lo que sucedía en la práctica judicial varios autores franceses mostraron su reticencia en la utilización del interés superior del niño. Es así como Carbonnier en los años sesenta afirmó que, “*l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial.*”¹⁰⁴. Años más tarde en la década de los noventa, Jacqueline Rubellin-Devichi emite el mismo reparo al respecto del concepto cuando dice que “*Donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit d'ignorer le droit*”¹⁰⁵. Se observa que ambos autores temen que el interés superior del niño haga superflua las leyes que regulan las relaciones familiares, en el sentido que funcionaría como una excepción a toda norma.

En vista de la especial protección que merecen los niños, es necesario ser prudente a la hora de analizar la discrecionalidad de los jueces. Sin embargo, aquel temor desmesurado no se justifica puesto que se invoca desde una incorrecta comprensión del interés superior del niño. En el capítulo anterior se demostró que tanto la doctrina mayoritaria como los órganos internacionales más influyentes en la materia, están de acuerdo en equiparar el interés superior con los derechos del niño. Es posible concluir que “en realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los

¹⁰⁴ VERDIER, Pierre. Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant. DEI *Assemblée Nationale* 20 nov 2010. p.3 Cita a Carbonnier [El interés superior del niño está en la ley, pero lo que no está en la ley es el abuso que se hace hoy en día de él. En última instancia, el interés superior acabará por hacer superfluas todas las instituciones de derecho de familia] [traducción personal]

¹⁰⁵ *Ibíd* p. 7 [Otorgarle al juez el derecho de determinar en función del interés del niño, es otorgarle el derecho a ignorar la ley] [traducción personal]

niños.”¹⁰⁶ Por tanto, el interés superior no es una mera orientación que amplía las facultades del juez, por el contrario se trata de una institución jurídica.

En este sentido, la equiparación entre interés y derechos permite concebir un marco normativo. El pilar de dicho marco es la Convención sobre los Derechos del Niño por constituir el principal instrumento internacional de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este cuerpo se ve integrado por otros instrumentos internacionales y regionales que regulan materias comunes, como la Convención Americana de los Derechos Humanos, y materias específicas de los niños, como la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.¹⁰⁷ De esta forma dependiendo la jurisdicción a cargo de velar por los derechos del niño se determinarán los instrumentos normativos a considerar. A modo de ejemplo, la CIDH se guiará por la CADH que a su vez a través del artículo 19° de dicha Convención integra un amplio *corpus juris* de instrumentos internacionales a favor de los niños. Del mismo modo, un juez nacional incorporará los tratados internacionales ratificados por el país respectivo en adición a las disposiciones nacionales pertinentes. En caso de superposición de disposiciones sobre una misma materia, el artículo 41° de la CDN establece que se privilegiará la norma que sea más conducente a la realización de los derechos del niño, ya sea que se presente en legislación de un Estado Parte o en derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Cabe notar que la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora tanto derechos como principios jurídicos de tal modo que el marco normativo estará compuesto por todas las normas pertinentes sin importar su forma. Delimitar un marco normativo claro es importante debido a que para determinar el interés superior del niño en el caso concreto se deben considerar todos los derechos y principios aplicables de acuerdo a las circunstancias de hecho.

Es posible concluir entonces que el primer paso hacia una determinación objetiva del interés superior del niño es su identificación con los derechos niño, lo cual permite establecer un

¹⁰⁶ AGUILAR, GONZALO. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, n°1. 2008. p. 229-230.

¹⁰⁷ Para ver los instrumentos internacionales que integran el marco normativo ver p. 14 a 16 de UNHCR. The UN Refugee Agency. “Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño” Mayo 2008.

marco normativo preciso. En este sentido, Miguel Cillero opina que el interés superior del niño le recuerda a la autoridad que el interés no constituye una solución jurídica de la nada, sino que en estricta sujeción en la forma y contenido de los derechos legalmente sancionados¹⁰⁸.

Fijar como límite un marco normativo preestablecido implica que el interés superior del niño en un Estado de Derecho continental, no puede servir como fuente de creación judicial. El artículo 3° de la CDN contempla la injerencia del interés superior en las discusiones legislativas, sin embargo, aquella injerencia no se puede confundir con la posibilidad de modificar leyes ya existentes en un caso particular en aras del interés superior del niño en concreto. Es por esto que no se comparte la visión argentina expuesta por Cecilia Grosman en tanto cita varios casos donde jurisprudencialmente se adaptaron ciertos requisitos legales –como la edad del adoptante o el tiempo del matrimonio de los adoptantes en relación a la adopción por integración– por estimar que los presupuestos legales iban en desmedro del interés del niño¹⁰⁹. Si bien la adaptación casuística puede estar bien intencionada, es imperioso evitar este tipo de medidas en el derecho continental puesto que el interés superior del niño tiene un límite muy claro: la ley. El temor de los autores franceses citados anteriormente radica precisamente en razonamientos judiciales donde no se respeta lo prescrito por el legislador.

A fin de ejemplificar lo anterior específicamente en el derecho nacional, se puede citar el artículo 7° inciso 1° de la ley N°14.908 que dice que el tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante. Puede suceder que sea más beneficioso para el alimentario menor de edad una pensión por sobre el 50% de la remuneración del alimentante por éste ganar un sueldo muy bajo que no permite en ese porcentaje satisfacer las necesidades del alimentario. Sin embargo, el juez no puede extralimitarse en sus facultades y obviar la limitación legal porque favorece al niño, debido a que el legislador estimó que también se debe proteger el interés del alimentante.

¹⁰⁸ CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. p.9

¹⁰⁹ Grosman 24, 25 y 26. Ver ejemplos

Es menester observar que se valora la flexibilidad que proporciona el interés superior del niño, en el sentido que permite concentrarse en lo único de cada caso. Sin embargo, en razón al marco normativo, esta flexibilidad debe estar igualmente en estricta sujeción con la ley. Esta limitación no implica que el juez se convierta en una máquina autómatas, simplemente recuerda que como instrumento decisorio, el interés superior tiene como límite aquél propuesto por la ley. En este sentido, Pierre Verdier afirma que “[l’*intérêt supérieur d’enfant*] n’est pas du subjectivisme ou de l’arbitraire, mais c’est ce qui permet l’adaptation de la décision à la situation concrète, toujours unique”¹¹⁰. Estaremos frente a una decisión arbitraria si su fundamento no se encuentra en el marco normativo correspondiente, por el contrario la decisión será en aras del interés superior del niño si se evalúan las circunstancias concretas del caso, adecuando lo que dice la ley a su situación.

En definitiva, es imperioso olvidarse de aquellas definiciones de interés superior del niño tendientes a situarlo en una zona de meras intenciones o buenos deseos y comprender su naturaleza jurídica. Posiblemente las aprensiones sobre su indeterminación dicen relación con la circunstancia que hasta la dictación de la Observación N°14 no existía una definición del término y con ello de su modo de operación. En el capítulo anterior se estableció que el interés superior del niño se comprende como un concepto triple, ello implica que su labor se desarrolla a lo largo del juicio. Esta presencia continua del término ha despertado dudas sobre su objetividad, pues si funciona como derecho y a la vez como principio es difícil establecer límites claros en cada momento. Sin embargo, como se ha aclarado en esta sección, el primer paso para lograr un delineamiento claro es la correcta identificación entre interés superior del niño y los derechos del niño. Rivero resume este primer paso señalando que en la búsqueda y concreción del interés superior se sitúa en primera instancia en los derechos humanos de la persona del menor, en función a ello serán examinados el resto de los derechos y en un segundo estadio se procederá a examinar otros bienes y derechos del menor implicado¹¹¹.

¹¹⁰ El interés superior del niño no es subjetivo o arbitrario, es lo que permite adaptar la decisión a la situación concreta que siempre es única. [Traducción personal]

¹¹¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. El Interés Superior del Menor. Madrid, Editorial Dykinson, 2000. p.199

Sólo así se logra reconocer al niño, niña y adolescente como sujetos de derecho con un interés jurídicamente protegido y que el juez se oriente por la ley y no por concepciones autoritarias o paternalistas.

1.1 Derechos, principios e intereses

La dificultad de definir el interés superior del niño en el caso concreto se explica por los múltiples elementos a considerar –entre ellos– los deseos y derechos de otras personas que rodean al niño, niña o adolescente. Es por esto que para una correcta identificación de los derechos y principios a analizar es importante pormenorizar los intereses de aquellos involucrados distintos a la persona del niño.

El interés del niño se dice ‘superior’ y se establece que debe ser una consideración ‘primordial’. Por lo que cabe preguntarse por la extensión de aquellas aseveraciones, pues existe discusión sobre si el interés del niño se encuentra o no en una posición jerárquica mayor a la de otra persona mayor de edad.

Cecilia Grosman es de la idea que el interés de los niños no está por encima del interés de los adultos. La autora señala que con el calificativo de superior “fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales.”¹¹² Es decir, que el calificativo tiene la intención de reforzar los derechos de la infancia a menudo olvidados. Por el contrario, no le otorga una fuerza preferente porque estima que el interés del niño es un interés privado por lo que no puede considerarse en desmedro del interés social. Continúa exponiendo que el artículo tercero de la CDN, utiliza el vocablo ‘primordial’, por lo que concluye que el interés superior del niño es un elemento fundamental a considerar pero no único o exclusivo.

La autora introduce el concepto de interés familiar y lo define como la representación del interés de los miembros de la familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad, negando la posibilidad de entenderse como una suma ni como de un ente grupal, sino que como el interés de cada uno de sus componentes dirigido al mejor funcionamiento de la

¹¹² Grosman 40

familia¹¹³. De esta forma observa que cuando el interés del niño se ve confrontado al interés familiar no se trata de que un interés prime sobre el otro sino que manifiesta la importancia de lograr una conjunción dialéctica en la cual el individuo tome en cuenta en su acción no sólo sus propias necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de los otros integrantes de la familia¹¹⁴. En definitiva, Cecilia Grosman apela a una comprensión integradora de los intereses involucrados de manera que la protección de uno no signifique el desmedro del otro.

El Comité de los Derechos del Niño también establece que los conflictos tienen que resolverse sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes para encontrar un compromiso adecuado¹¹⁵. Sin embargo, sobrepasa la aseveración de Grosman regulando un escenario menos ideal donde no es factible encontrar una solución armónica: “las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones.¹¹⁶” Es decir, el Comité no concuerda con lo expresado por Cecilia Grosman en el sentido que pone de manifiesto que el interés superior no es una mera una reafirmación de sus derechos, sino que además insta una posición prioritaria.

Se ha afirmado que el interés superior del niño es uno de los cuatro principios fundamentales del Derecho de la Niñez, sin embargo, además de ellos existen otros principios como el principio de la protección, especial, el principio de especial gravedad y el principio de sujetos plenos de derechos. Estos principios, catalogados por Gonzalo Aguilar¹¹⁷, ayudan a comprender la conclusión arribada por el Comité.

¹¹³ Grosman 42

¹¹⁴ Grosman 42

¹¹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 30

¹¹⁶ *Ibíd.* párr. 30

¹¹⁷ Gonzalo Aguilar en su artículo “el principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” señala de los fallos de la CIDH se pueden rescatar el principio de enfoque integrado y sistemático, el principio del interés superior del niño”, el principio de protección especial, el principio de sujetos plenos de derechos y el principio de especial gravedad de las violaciones a los derechos del niño.

El principio de protección especial dice relación con los cuidados específicos que necesita el niño por encontrarse en una situación de debilidad, inmadurez o inexperiencia¹¹⁸. En vista de la posición del niño en la sociedad es que las autoridades deben tomar medidas especiales de protección a fin de resguardar efectivamente sus derechos. Por su parte el principio de especial gravedad está íntimamente conectado con el anterior pues se refiere a la afectación de un derecho que debió haber estado protegido especialmente. Puesto que el estándar de cuidado es mayor –se requieren medidas especiales– la falta es más grave. Por último, el principio de sujetos plenos de derechos refuerza los derechos diferenciando la circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente de su calidad de sujeto de derechos humanos¹¹⁹.

Satisfacer estos principios implica que el interés del niño debe primar por sobre el de los adultos en conflictos donde no se puede alcanzar una solución armónica. Con la salvedad, indudablemente, de que no se puede menoscabar los derechos de los adultos intervinientes. Esta salvedad se entiende en determinadas y poco frecuentes circunstancias como por ejemplo cuando un niño abandonado padece de una enfermedad contagiosa no es conveniente emplazarlo en una familia de acogida por el peligro que correrían sus integrantes y su entorno social¹²⁰.

El objetivo de posicionar el interés del niño por sobre otros es un mecanismo de especial protección, pues es necesario recordar que ante un conflicto jurídico el niño intervendrá sólo ejerciendo su derecho de participación, sin embargo, no tendrá la posibilidad de aportar prueba o dirigir el proceso. Es más, la demanda judicial no la iniciará el niño quien ciertamente se verá comprometido por la decisión. En otras palabras, debido a que los niños, niñas y adolescentes no tienen capacidad de ejercicio, establecer la necesidad de que el juez pondere el interés de ellos por sobre el de aquellas personas que tienen la facultad de intervenir directamente en el juicio, dice relación con la especial protección que merecen y la reafirmación que la incapacidad jurídica no se traduce en que no sean sujetos plenos de derecho.

¹¹⁸ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 60

¹¹⁹ AGUILAR, GONZALO. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, año 6, n°1. 2008. p.241

¹²⁰ UNHCR. The UN Refugee Agency. “Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño” Mayo 2008 p.76

Más adelante se indagará en cómo la atención primordial al interés superior del niño, permite enfocar la causa en la persona del niño, reforzando la protección de sus derechos. Por ejemplo, en un caso sobre cuidado personal, los argumentos y la prueba no debe estar dirigida primordialmente en las habilidades de los padres, sus deseos, su posición, entre otros. Por el contrario debiese estar dirigida en cómo la ostentación del cuidado personal del hijo beneficiará al niño. Gonzalo Aguilar, concluye la idea afirmando que “el problema aparece cuando uno se pregunta quiénes son las partes ante los tribunales, quiénes son las partes ante los órganos jurisdiccionales, legislativos o administrativos, y cuando encontramos la respuesta, nos damos cuenta que se trata de los padres o de alguna autoridad oficial que pretende hacer prevalecer su visión, su interés.”¹²¹ Por último se rescata su aseveración sobre que “el interés superior del niño no es paternacéntrico ni estatocéntrico sino infacéntrico.”¹²²

En definitiva, ciertamente es deseable una reconciliación armónica entre los intereses de los involucrados. Sin embargo, cuando ello no es posible, el interés del niño debe ser una consideración de máxima prioridad en razón a su escasa posibilidad de intervención en el proceso judicial. De esta forma se logra que la causa se concentre realmente en los derechos de aquél que tiene limitada su participación a su derecho de ser oído. Por último, nuevamente se recalca que considerar de forma primordial los derechos de los niños en ningún caso puede significar la vulneración de los derechos de los adultos pues el marco normativo comprende los derechos de todos los intervinientes.

2. Análisis crítico del fallo de la Corte Suprema en el caso Atala

Las consecuencias de no comprender las conclusiones precedentes se pueden apreciar en un análisis crítico del caso “Atala con López” que se expondrá a continuación¹²³.

¹²¹ AGUILAR, GONZALO. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, n°1. 2008. p.245

¹²² *Ibíd.* p.244

¹²³ La aplicación del interés superior del niño en primera instancia fue expuesta a propósito de la evolución jurisprudencial del término en el sistema judicial chileno por lo que el presente análisis se concentrará en los tribunales superiores. Sin perjuicio de ello, a modo de resumen, la sentencia se reduce a precisar que el interés superior del niño es un principio jurídico por lo que cobra aplicación frente a una colisión de

En el año 2003, ante el Juzgado de Menores de Villarica, Ricardo López interpone demanda de cuidado personal en favor de sus tres de 8, 4 y 3 años, en contra de la madre de las niñas, Karen Atala, quien ostentaba el cuidado personal de las niñas¹²⁴. La presentación se funda principalmente en que la madre de las niñas, luego de haber declarado abiertamente su orientación homosexual, decide convivir con su pareja lesbiana y las niñas, lo cual a juicio del padre vulnera el desarrollo de sus hijas.

En cuanto al derecho, el demandante se apoya en el artículo 225 del Código Civil que antes de la reforma del año 2013, establecía que si los padres viven separados a la madre le toca el cuidado personal de los hijos, igualmente otorgaba la posibilidad de que el padre ostentara el cuidado personal en caso que de común acuerdo así lo decidieran ambos padres. El precepto termina señalando que en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. En relación a la causa calificada se corresponde con el artículo 42 de la ley N°16.618.

A la fecha de la presentación de la demanda existía una presunción acerca de la idoneidad de las habilidades parentales de toda madre de tal forma que se debía probar lo contrario. Si bien la disposición nombraba el interés superior del niño, ponía el acento en la competencia de los progenitores antes que en la discusión sobre qué beneficia más al hijo. Es más, si no se probaba causa calificada, el juez no podía traspasar el cuidado personal al otro progenitor, de manera que el interés superior del niño no era causa suficiente sino que debía estar acompañado de una causa calificada de inhabilidad de la madre.

Un breve análisis del fallo respectivo da cuenta de esta situación, pues existen cuatro considerandos que tratan la supuesta inhabilidad de la madre, mientras que existe un solo considerando donde se trata el interés superior del niño y también un solo considerando donde se abarcan las supuestas habilidades parentales del demandante¹²⁵.

derechos. A juicio de la magistrada no se logró acreditar que la madre haya puesto en peligro el respeto de los derechos de las menores, por lo que al no existir derechos en conflicto, concluye que el principio del interés superior no ha sido vulnerado

¹²⁴ Juzgado de Menores de Villarica RIT 9485-2003. Sentencia del 29 de octubre del 2003

¹²⁵ *Ibíd.* Considerando 22°: sobre las causales de inhabilidad de la madre en términos generales

En la sentencia se hizo caso omiso al principio de especial protección y al principio de sujetos plenos de derechos, pues el intento fue francamente fallido. La autoridad judicial satisfizo el derecho de participación de las niñas regulado por el artículo 12° de la CDN, no obstante, los demás mecanismos de control judicial no surtieron efecto. La identificación de los derechos del niño para proporcionar de contenido concreto al interés superior del niño permite oponerse al abuso de poder y como afirma Miguel Cillero “el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos”¹²⁶. En otras palabras, el tribunal al no considerar abiertamente el interés superior, no consideró los derechos de los niños atingentes al caso.

Se resolvió el rechazo de la demanda presentada por el padre, señor López, y de forma subsidiaria se reguló un régimen de relación directa y regular. La sentencia fue objeto de recurso de apelación el cuál confirmó lo resuelto por el tribunal de primera instancia¹²⁷. En vista de ello, el demandante interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema por estimar que se privilegiaron los derechos de la madre sobre los de las niñas, haber faltado a su deber de proteger la vulnerabilidad de los menores y por haber transgredido los principios que regulan la prueba en derecho de familia¹²⁸.

La Corte Suprema acogió el recurso de queja, invalidando la sentencia apelada y la de primera instancia, declarando la tuición a favor del demandante. En la sentencia se señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés del hijo, según el cual se atenderá de forma primordial por sobre otras consideraciones o derechos de los padres¹²⁹. Respecto a esta afirmación, el tribunal colegiado estima que la madre al haber antepuesto su deseo de convivir

Considerando 23°: sobre la posibilidad que la opción sexual y mantener una convivencia homosexual sea una inhabilitación. Considerando 24°: sobre la causal de inhabilitación consistente en no velar por la crianza, cuidado personal o educación del hijo. Considerando 25°: sobre la causal de inhabilitación consistente en maltratar o dar malos ejemplos al menor, o cuando la presencia de la madre, en este caso, en el hogar, constituya un peligro para su moralidad. Considerando 26°: sobre la causal de inhabilitación consistente en cualesquiera otras causas que coloquen al menor en peligro moral o material Considerando 27°: Sobre el interés superior del niño. Considerando 34° Sobre las habilidades del padre.

¹²⁶ CILLERO, MIGUEL. *El Interés... ob. cit.* p.9

¹²⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, ROL 2158-2003. Sentencia de fecha 30 de marzo de 2004

¹²⁸ Corte Suprema, ROL 1193-2011. Sentencia de fecha 31 de mayo de 2004 Considerando 2°

¹²⁹ *Ibíd.* Considerando 9°

abiertamente con su pareja homosexual interpuso su propio interés por sobre el de sus hijas. Esta decisión tuvo como efecto la exposición de las niñas al aislamiento y discriminación. En definitiva, el argumento principal de la Corte Suprema es que la orientación sexual de la madre afecta el interés superior de las tres niñas.

La conclusión precedente se basa en que los tribunales inferiores concedieron a los informes psicológicos un valor probatorio superior al adecuado pues son elementos de la convicción que deben ponderar en conjunto con otras pruebas sin tener un valor en sí mismos. Se agrega que se prescindió totalmente de la prueba testimonial que acreditaba la discriminación que las niñas estaban padeciendo, como por ejemplo, la disminución de las visitas de sus amigas.

En vista de que la Corte Suprema acogió el recurso, Karen Atala, interpuso una demanda contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La presentación pasó el examen de admisibilidad y la Comisión solicitó a la Corte Interamericana que se pronuncie sobre la violación de la protección a la honra y la dignidad, la protección a la familia, derechos del niño, igualdad ante la ley, garantías judiciales, protección judicial. Es preciso destacar que el objeto del juicio ante la CIDH no es abrir una nueva instancia en la cual debatir sobre la procedencia de la tuición a favor de uno de los progenitores o indagar sobre la valoración de la prueba. Su objeto es velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos estipuladas en la Convención Americana.

Como se aprecia de la lista de derechos indagados, el juicio ante la Corte Interamericana sobrepasa las pretensiones del presente trabajo, por lo que el análisis se reducirá a las consideraciones que digan relación con la evolución del interés superior del niño.

Precedente se señaló que el proceso de identificación de los derechos en conflicto permite a la magistratura delimitar un marco normativo donde encontrar una solución ajustada a derecho. En el caso estudiado, la Corte Suprema no realizó esta identificación previa y como consecuencia se invocaron opiniones no jurídicas además de no considerar todos los derechos concernientes.

Respecto a la orientación sexual de la madre, legalmente no se establece como una causal de inhabilidad por lo que se debía comprobar que afectaba los derechos de las niñas. El problema es que no se acreditó que la madre desplegó conductas inmorales que afecten a sus hijas, por el contrario, la Corte Suprema se basó en suposiciones estereotipadas respecto a los homosexuales. Respecto a esto la CIDH señala que “la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarica no comprobaron en el caso en concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión”¹³⁰. El establecimiento de un marco normativo claro ayuda a controlar la injerencia de creencias sociales que, como el legislador no ha considerado pertinente regularlas, su utilización resultará siempre en una decisión arbitraria por no ajustarse a derecho. Francisco Rivero advierte que los estereotipos “son más frecuentes en el mundo del derecho de lo que puede parecer a primera vista y, por lo que aquí concierne, han condicionado en diferentes planos y ámbitos no pocas decisiones supuestamente en interés de los menores, pero adoptadas, sin embargo, a la sombra de aquellos prejuicios individuales y sociales y convicciones de los adultos en su personal visión del mundo y de los problemas de los menores”¹³¹.

La identificación del interés superior del niño con los derechos del niño viene precisamente a erradicar concepciones no judiciales que influyen a la hora de determinar el interés en el caso concreto. De esta manera se abandona una concepción paternalista o autoritaria sobre el interés superior y se logra concebir como un instrumento para oponerse al abuso del poder¹³². La equiparación entre interés y derecho permite controlar que el juez no constituya el interés superior concreto según sus creencias políticas, religiosas o morales sino que deba atender al derecho legalmente sancionado. El proceso decisorio de la Corte Suprema se corresponde a lo que Miguel Cillero denomina un juez ‘un padre de familia’. La categorización es propia de un modelo de la situación irregular, pues se vieron a las niñas como objetos jurídicos valiosos de protección. Por el contrario un juez que mira a los niños como sujetos de derechos, hubiera considerado sus derechos a la hora de decidir antes que en estereotipos.

¹³⁰ CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr146

¹³¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. Ob.cit. p.103

¹³² CILLERO, MIGUEL. *El Interés... ob. Cit.* p. 9

La segunda consecuencia de no delimitar un marco normativo es la posibilidad de relegar derechos que debieron haber sido considerados. A modo de ejemplo la Corte Suprema no hizo referencia al artículo 2° inciso 2° de la CDN que establece “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Es decir, el tribunal nacional por estimar pertinente estereotipos intolerantes, no consideró todos los derechos del niño contradiciendo así el interés superior de las tres niñas pues no cumplió con la satisfacción de todos sus derechos. Asimismo, se hizo caso omiso al derecho de la madre a no ser discriminada por su orientación sexual, derecho consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República y el artículo 1° de la Convención Americana.

El caso omiso a los derechos de la madre se relaciona con la afirmación precedente que el interés superior del niño si bien debe ser considerado primordialmente no puede menoscabar el derecho de otra persona. Es por esto que la CIDH señaló que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o del padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos¹³³. Recordemos que el interés superior se encuentra limitado precisamente por la ley. Por tanto, presunciones infundadas acerca de la inhabilidad de Karen Atala para realizar sus labores de madre por su homosexualidad no pueden fundamentar una decisión que es contraria a lo legalmente sancionado.

Por último, es importante destacar que al discriminar a la madre, también se vulnera el derecho de las niñas a tener la posibilidad de estar bajo el cuidado personal de ella. Una correcta utilización del interés superior del niño en el caso, hubiera permitido que la magistratura no se hubiera preocupado de indagar en la vida privada de los progenitores más allá de las configuraciones de las causales impugnadas, y por el contrario, concentrarse en los presuntos perjuicios padecidos por las niñas.

La CIDH resolvió que el Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos precedentemente enunciados. En relación al interés superior del niño, la Corte estimó que la decisión impugnada pretendía la protección del interés de las niñas pero no se probó que la

¹³³CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr. 110

motivación esgrimida fuera adecuada para alcanzar dicho fin dado que no se comprobó en el caso en concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés de las niñas y por el contrario se utilizaron argumentos abstractos estereotipados y discriminatorios en contra de ella¹³⁴.

Ciertamente el interés superior del niño se crea buscando buenas intenciones, sin embargo, no se detiene en aquellas intenciones. Por el contrario evoluciona hacia un concepto determinado por los derechos de los niños con tres funciones definidas recientemente por el comité. Para concluir son pertinentes las palabras de Verdier quién afirma que “*la notion d’intérêt de l’enfant n’est pas inutile, mais elle n’est pas, à elle seule, opérante. Elle est comme une boussole : elle nous indique le nord, mais ne nous dit pas par quel chemin y aller*”¹³⁵.

¹³⁴ *Ibíd.* Párr. 146

¹³⁵ VERDIER, PIERRE. « Les dérives de l’utilisation de la notion de l’intérêt de l’enfant » *DEI Assemblée Nationale* 20 nov 2010. p.7 [La noción del interés superior del niño no es inútil, pero no es por sí misma operante. Ella es como una brújula: nos indica el norte, pero no nos dice por cual camino seguir] [traducción personal]

CAPITULO IV

“El Interés Superior del Niño en Concreto”

El primer paso para lograr una concepción objetiva del interés superior del niño fue su identificación con los derechos del niño, de tal modo que la autoridad deba decidir dentro de un marco normativo establecido según el conflicto particular. Sin embargo, el interés superior no es un concepto abstracto, por el contrario, está íntimamente ligado con la vida del niño protagonista del juicio. En razón de ello, el segundo paso hacia una concepción objetiva será la sujeción de la decisión a los presupuestos fácticos envueltos en el conflicto. Respetando estas dos etapas de análisis se logra una decisión conforme a derecho, que se refiera tanto a los derechos del niño como de los demás intervinientes, y que se ajuste a las particularidades del caso, dejando atrás respuestas preestablecidas.

La Observación General N° 14 re-define la naturaleza jurídica del interés superior del niño como un concepto triple. Esta nueva orientación, sin embargo, continúa utilizando la técnica de cláusula abierta, pues no se explicitan condiciones de aplicación directa que conlleve una consecuencia legal automática. Por tanto, estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuyo valor se precisará al momento de aplicarlo. El problema con la instauración de la triple identidad del interés superior del niño es que no hay modo de aplicación pre-establecido por el derecho. Esto se debe a que no es un derecho sustantivo, no es un principio y no es una norma de procedimiento, sino todos ellos a la vez. En vista de ello, la Observación General N° 14 también se hace cargo de establecer un método de aplicación único, conforme a las múltiples funciones del interés superior del niño.

La instauración de un método de aplicación ad-hoc es esencial, pues logra uniformar el modo en que el juez se aproxima al interés superior, contrarrestando así los riesgos propios de un concepto jurídicamente indeterminado. En este ámbito es que se hace énfasis a la necesidad de valorar los hechos del caso para construir el interés superior del niño de forma concreta. Al ser un concepto indeterminado los presupuestos fácticos cobran gran relevancia, de este modo Francisco Rivero, afirma que “los datos personales y circunstanciales concretos de los protagonistas y de cada caso y situación, por absolutamente determinantes, deben quedar bien

definidos para poder decidir cuál es, dónde está y cómo encontrar el interés del menor de que se trate, cualquiera que sea la forma de presentación fáctica del problema vivencial o conflictivo”¹³⁶.

A fin de apreciar los presupuestos fácticos que dan forma al interés superior del niño en el caso particular, el Comité introduce los conceptos de “evaluación” y “determinación” de manera vinculante para la aplicación del interés superior por parte de los tribunales de justicia. Con ello se busca que las decisiones se ajusten a la “ponderación de los derechos en función de la situación y del momento, otorgando prioridad a ciertos elementos sobre otros como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la situación familiar, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural del o los niños.”¹³⁷ Es menester señalar que la determinación del interés superior en forma particular, no contradice la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos contenidos en la CDN, que teóricamente impiden la existencia de una jerarquía entre ellos¹³⁸. Por el contrario, evaluar la situación efectiva permite precisamente que el tribunal no se base en conclusiones generalizadas con un valor preestablecido, logrando así una mayor objetividad en la medida adoptada.

A continuación se estudiará la evaluación y determinación del interés superior del niño para luego, en las secciones siguientes, analizar su introducción en el sistema judicial chileno y las consecuencias que ello acarrea para la fase probatoria y de dictación de sentencia.

1. Evaluación y Determinación del Interés Superior del Niño:

En el acápite sobre aplicación del concepto en la Observación General N°14, el Comité parte señalando que “el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios

¹³⁶ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. Ob.cit. p. 94

¹³⁷ ALEGRE, Silvana. *Ob. Cit.* p.21

¹³⁸ *Ibíd.* p.21

niños en una situación concreta.”¹³⁹ Para luego establecer que el procedimiento a seguir es “determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”.¹⁴⁰ A raíz de la definición es posible afirmar que el interés superior del niño asegura que se preste la atención debida a los derechos del niño¹⁴¹ logrando un equilibrio entre ellos, en función a las prioridades de cada caso¹⁴².

Para considerar los elementos fácticos, la Observación General N° 14 regula los términos evaluación y determinación que representan dos etapas consecutivas e interdependientes de la toma de decisión. A través de ellas se busca entablar un procedimiento por el cual hacer una recolección de información, la cual se tendrá que analizar para tomar la decisión que mejor satisfaga los derechos de ese niño.

La Observación señala que la evaluación “consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.”¹⁴³ Los elementos necesarios se refieren a las características específicas del niño de que se trate que lo hacen único como su edad, sexo, grado de madurez o contexto social y cultural (la presencia o ausencia de los padres o la calidad de la relación entre el niño y su familia) entre otros¹⁴⁴. Claramente la singularidad de cada caso llevará a tomar en cuenta ciertos elementos sobre otros, influyendo así en el proceso de ponderación que culminará con la determinación del interés superior.

¹³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 46

¹⁴⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 46

¹⁴¹ UNHCR. The UN Refugee Agency. “Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño” Mayo 2008 p. 30

¹⁴² ALEGRE, Silvana. *Ob. Cit.* p.21

¹⁴³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 47

¹⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 48

El proceso de evaluación tiene como propósito la identificación de las consideraciones de hecho que se incorporan al juicio a través de la prueba. Más adelante se reflexionará sobre cómo la prueba influye en la determinación del interés superior del niño, sin perjuicio de ello, es menester hacer algunas acotaciones atinentes. En primer lugar, a la hora de evaluar qué elementos deberán sopesarse para determinar el interés superior del niño, es fundamental escuchar la opinión del niño afectado. De modo que es durante esta etapa que cobra gran importancia el derecho de participación configurado en el artículo 12° de la CDN. En segundo lugar, el ofrecimiento e incorporación de la prueba en las audiencias respectivas deberá tener como objetivo proporcionar aquellos elementos necesarios que se buscan para determinar el interés superior. Es esencial apoyar todo interés o afirmación en evidencia de tal manera que se erradiquen convenciones meramente sociales a la hora de decidir. Por último, será beneficioso involucrar profesionales multidisciplinarios, expertos en infancia, que colaboren en descubrir los vínculos afectivos entre el niño y sus cuidadores, la madurez del niño para valorar su opinión, las habilidades parentales de los cuidadores y otros aspectos que se relacionan con la psiquis.

La evaluación de los elementos que configuran el caso en particular es precedente necesario de la determinación del interés superior del niño. En la Observación General N° 14° se entiende esta etapa como un proceso estructurado y con garantías estrictas que toma como base la evaluación previamente realizada¹⁴⁵. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emitió en el año 2008 una guía que explica cómo aplicar en la práctica el interés superior del niño. Si bien la guía dice relación exclusivamente con los niños con título de refugiados, es interesante observar que utiliza la palabra “determinación” del mismo modo que el Comité lo haría años más tarde. El documento describe la determinación como un proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para equilibrar los factores relevantes para valorar la mejor opción¹⁴⁶.

Por su parte, recordemos que la CIDH, al igual que al ACNUR, utilizó los conceptos de evaluación y determinación, antes de que la Observación en estudio los introdujera formalmente,

¹⁴⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 47

¹⁴⁶ UNHCR. The UN Refugee Agency. “Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño” Mayo 2008 p. 9

en los casos “Atala Riffo y niñas vs. Chile” y “Fornerón e hija vs. Argentina”, ambos del año 2012. Hemos aludido reiteradas veces al primer juicio, pero en esta oportunidad importa analizar el párrafo 109° que dice lo siguiente: “la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”¹⁴⁷. Respecto al segundo juicio en referencia, la Corte vuelve a expresar lo mismo parafraseando en el párrafo 50° de la sentencia la cita recién expuesta. Es preciso notar que ambos casos versan sobre cuidado personal, por lo que se refieren exclusivamente a la evaluación y determinación del interés superior del niño en relación a la relación parental; sin embargo, la observación general N°14 sistematiza estos conceptos como método para concretizar el interés superior del niño como un derecho sustantivo sin importar la índole del conflicto.

Con el propósito de facilitar la aplicación del interés superior el Comité aconseja elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que ofrezca orientaciones específicas y al mismo tiempo sea flexible. Los elementos que recomienda tener en cuenta el Comité son la opinión del niño; la identidad del niño (sus características); la preservación el entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado, protección y seguridad del niño; situación de vulnerabilidad; el derecho del niño a la salud, y; el derecho del niño a la educación¹⁴⁸. El Comité no distinguió entre evaluación y determinación al proponer estos criterios por lo que se entiende que deben estar presente en ambas etapas; sin embargo, en la primera enfocada a la búsqueda de antecedentes, mientras que en la segunda a la ponderación de dichos antecedentes. La lista no dice relación con un conflicto en específico, por ejemplo la fijación de un régimen de relación directa o regular, por lo que son criterios más bien básicos que deben estar presente en la toma de cualquier decisión sin perjuicio de otros criterios establecidos precisamente la situación en conflicto.

¹⁴⁷ CIDH: Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012 párr.109

¹⁴⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 50

La técnica que propone el Comité es la utilizada por los ordenamientos anglosajones donde se recopilaron los criterios jurisprudenciales acordes con el interés superior del niño, para compensar la flexibilidad propia de una cláusula general. En el derecho inglés el *Children Act 1989* sobre relaciones filiales establece criterios precisos para acertar una decisión ajustada al interés superior del niño afectado. Con su promulgación se buscaba promover consistencia en el proceso de toma de decisiones, que los litigantes conocieran la importancia de los criterios en el proceso decisorio y que los abogados estuvieran mejor preparados para aconsejar a sus clientes¹⁴⁹. En pocas palabras, se adoptó el acto para dar seguridad jurídica a los intervinientes. Nuevamente, se establece expresamente que los factores recopilados no son prescriptivos ni están en un orden jerárquico, sino que son orientadores, de tal forma que se deben considerar todos los factores pertinentes con la situación específica¹⁵⁰. En Estados Unidos no se ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, manejan el término en estudio. Al igual que en Inglaterra, todos los Estados han desarrollado estatutos como producto de la recopilación de factores considerados jurisprudencialmente para determinar el interés superior del niño¹⁵¹. No obstante, no se ha logrado un documento federal, pues solo algunos Estados adhirieron a *Statutory Law of the Uniform Marriage and Divorce Act*¹⁵².

En el año 2013 la ley N°20.680 introdujo ciertas modificaciones en el Código Civil chileno que buscaban proteger a los niños con padres separados. Dentro de las modificaciones se encuentra la del artículo 229 sobre el régimen de relación directa y regular y la introducción del artículo 225-2 sobre cuidado personal. Lo novedoso de ambas normas es que contemplan una serie de criterios y circunstancias que el juez debe considerar para decidir sobre el régimen respectivo. Notar que estos criterios dicen relación con la fijación del cuidado personal o de la relación directa y regular, mas no directamente para evaluar y determinar el interés superior del niño. Con todo, ambas disposiciones terminan el listado con un enunciado de clausura que señala que se considerará cualquier otro elemento de relevancia según el interés superior del hijo.

¹⁴⁹ DUNCAN, John Bloy. "Child Law" Lecture Notes Series. Cavendish Publishing Limited. 1996 Great Britain p. 36

¹⁵⁰ *Ibíd* p. 2

¹⁵¹ Child Welfare Information Gateway. Children's Bureau. "Determining the Best Interests of the Child". Nov. 2012. United States Government, Washington DC p. 1

¹⁵² RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *Ob.cit.* p.67

Sin perjuicio de que la introducción de factores normados se acerca más al estándar impuesto por la Observación General N° 14, es significativo reparar en que su utilidad es más bien práctica que académica. En primer lugar, de conformidad al artículo 32° de la ley N°19.968, el sistema de valoración de la prueba en juicios de familia son las reglas de la sana crítica, por las cuales se sopesa la prueba de acuerdo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Las máximas de la experiencia “se extraen de los casos observados, al constatar que junto a cada uno de ellos, pero por encima de los mismo, hay algo independiente que permite esperar que en los casos venideros, aún no observados, se producirán de la misma forma que los observados.”¹⁵³ El listado de criterios mencionado no son más que máximas de la experiencia que han sido recopiladas y normadas. Por tanto, la diferencia con las disposiciones anteriores al 2013 es que los jueces debían ajustar su decisión a los mismos factores ahora normados pero en virtud de las reglas de la sana crítica y no una disposición explícita.

En segundo lugar, si bien esta técnica ayuda a uniformar la aplicación del interés superior, no impide que el juez, sesgado por sus creencias personales o convenciones estereotipadas, valore ciertos aspectos sobre otros. En este sentido, los criterios no tienen un orden jerárquico y se admite la posibilidad de valorar otros antecedentes no expresamente contemplados en la disposición, por lo que igualmente no es posible controlar que el juez privilegie ciertos aspectos sobre otros según su experiencia personal.

En tercer lugar, es preciso observar que solo existe una lista de factores a considerar respecto al cuidado personal y al régimen de relación directa y regular -dos materias íntimamente relacionadas-. Por lo que no se ha seguido el consejo del Comité en su plenitud, pues no existen criterios generalizados para toda índole de conflictos que involucren niños, niñas o adolescentes.

Por estas razones, es posible afirmar que el mérito más destacable de la inserción de criterios, es reforzar el deber de expresar aquellos factores que se consideraron en el proceso

¹⁵³ DUNLOP RUDOLFFI, Sergio. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Editorial Jurídica de Chile. 1981. p.148

lógico de decisión, pues se hace imperioso por lo menos mencionar qué factores de los listados se consideraron. Sobre este punto se reflexionará en profundidad en el próximo capítulo.

CAPITULO V

“El Interés Superior del Niño en su Dimensión como Norma de Procedimiento”

Como se ha mencionado anteriormente el interés superior del niño es un elemento a considerar durante todo el procedimiento, es más, éste puede tomar diferentes formas y todas ellas complementarias entre sí. En el capítulo anterior se profundizó en cómo el interés superior del niño toma vida como derecho sustantivo gracias a su evaluación y determinación, en el sentido que sólo si se consideran los presupuestos fácticos de cada caso se estará realmente respetando el derecho del niño de que se considere su interés. Sin embargo, aún queda pendiente preguntarse sobre la puesta en práctica de dicho derecho para lo cual se analizará el concepto en estudio desde su dimensión como norma de procedimiento, es decir como garantía procesal. El Comité en la Observación General N°14^o señala que los Estados deben establecer procesos oficiales con garantías procesales estrictas concebidas para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan.¹⁵⁴ Esta dimensión favorece una conceptualización objetiva en razón que una estructura con garantías estrictas contrarresta la arbitrariedad judicial. El Comité se encargó de explicar especialmente que un juicio garantista es uno donde se satisface el derecho del niño indicando qué se ha considerado como su interés superior, para lo cual se deberán expresar los criterios en que se ha basado la decisión y cómo se ponderaron los intereses del niño frente a otras consideraciones¹⁵⁵.

Debido que la dimensión como norma de procedimiento está íntimamente ligada al proceso, esta sección tomará como centro de discusión el procedimiento ordinario ante los tribunales de familia nacionales. Es partir de un examen de la estructura judicial que se analizará cómo esta nueva concepción del interés superior del niño viene a rediseñar no necesariamente el procedimiento pero sí el proceso.

¹⁵⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 14 87

¹⁵⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 14 p.6

1. Evaluación y Determinación en el Ordenamiento Jurídico Chileno

1.1 Audiencia preparatoria

Los conceptos de evaluación y determinación del interés superior del niño no se encuentran recogidos expresamente por el ordenamiento normativo nacional; no obstante, los procedimientos contemplados por la ley N°19.968 que crea los tribunales de familia son perfectamente compatibles con el nuevo estándar internacional. La evaluación y determinación se desarrollan en la fase probatoria y la de fallo, por lo que el análisis del procedimiento ordinario se centrará en aquellas.

En la audiencia preparatoria, luego de la exposición de las pretensiones, el juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos¹⁵⁶. Esta indagación tiene como fin determinar el objeto del juicio –la cuestión litigiosa que se somete al tribunal– definido por la demanda, la contestación y la reconvencción eventual¹⁵⁷. La determinación del objeto del juicio es de suma importancia pues define la controversia de tal modo que luego, en concordancia con aquél, el juez fijará los hechos que deberán ser probados. Estos hechos son aquellos puntos de discusión que son sustanciales, pertinentes y que se encuentran controvertidos¹⁵⁸. El debate durante el proceso, y posteriormente la sentencia, sólo podrá pronunciarse sobre los hechos a probar fijados por el magistrado.

La determinación del objeto del juicio y de los hechos a probar toma una nueva relevancia con la necesidad de evaluar y determinar el interés superior del niño de forma concreta. La consideración del término como derecho sustantivo y no simplemente como un principio orientador implica que se debe determinar su contenido a partir de las particularidades de cada niño. En este sentido, ha quedado claro que el interés superior del niño no es una idea abstracta, de modo que su formación en concreto siempre será un hecho controvertido. Por

¹⁵⁶ LEY N°19.968 art. 72°

¹⁵⁷ JARA CASTRO, Eduardo Francisco. Derecho procesal de Familia: Principios Formativos, Reglas Generales, Procedimiento ordinario. 1a. ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2011. p. 169

¹⁵⁸ *Ibíd.* p.169

consiguiente, la implementación práctica de la Observación General N°14 requiere que en todos aquellos casos que la decisión pueda afectar a un niño se fije como hecho a probar la determinación concreta de su interés superior. Es de suma importancia pues el derecho a prueba sólo podrá versar sobre aquellos puntos, de modo que si el interés superior del niño no se fija como hecho a probar será imposible determinarlo de forma concreta volviendo a la subjetividad abstracta que justamente se pretendía evitar con este nuevo sistema de aplicación.

Empero, en la práctica judicial nos encontramos con una realidad bastante alejada del estándar internacional. En todas menos una¹⁵⁹ de las causas consultadas¹⁶⁰, tramitadas ante el Juzgado de Familia de Puente Alto, no indican el interés superior del niño como un hecho a probar. Por el contrario muchas veces recurren a términos más genéricos como “conveniencia”. Por ejemplo, en la causa C-1862-2014 sobre relación directa y regular, se puntualizó como objeto del juicio la procedencia de fijar un régimen de relación directa y regular en favor de la menor de autos respecto del padre. Mientras que los hechos a probar fueron los siguientes: (1) la legitimidad activa de la parte demandante para interponer la acción; (2) la conveniencia de establecer un régimen comunicacional entre la parte demandante y la menor de autos; y, (3) la conveniencia de establecer dicho régimen en la forma solicitada. Existiendo en la normativa chilena el concepto de interés superior del niño ya por varios años, e incluso específicamente se trata para los casos de relación directa y regular, no se logra comprender por qué se aparta de dicho término para acoger otros que no tienen cabida legal.

Asimismo, en materias donde el interés superior del niño no está tratado como requisito en la normativa específica, no se menciona en absoluto. Esto ocurre en los juicios sobre alimentos –ya sea fijación, aumento o rebaja– y reclamación de filiación donde las

¹⁵⁹ C-2670-2014: Objeto del juicio: La determinación de los motivos calificados que permitirían privar a la parte demandada del cuidado personal de los menores de autos. Hechos a probar: (1) La legitimidad activa de la parte demandante para interponer la acción. (2) La existencia de circunstancias que requieran que el cuidado personal del menor de autos sea detentado por el progenitor demandante. (3) La conveniencia para el menor de autos, de acuerdo al interés superior del hijo, que la parte demandante asuma su cuidado personal.

¹⁶⁰ Se analizaron 23 causas tramitadas ante el Juzgado de Familia de Puente Alto: Sobre relación directa y regular: C-1892-2014, C-2670-2014, C-1681-2014, C-866-2014, C-1936-2014, C-2606-2014, C-1735-2014; Sobre cuidado personal: C-846-2014, C-921-2014, C-949-2014; Sobre pensión de alimentos: C-1592-2014; C-386-2014; C-257-2014; C-658-2014; C-1803-2014; C-376-2014; C-849-2014; C-850-2014; C-3250-2014; C-1889-2014; Sobre filiación: C-387-2014, C-1580-2014, C-491-2014.

disposiciones para fallar son bastante estrictas. Sucede que en los casos de pensión alimenticia consultados¹⁶¹, el debate se concentra exclusivamente en aspectos pecuniarios como la capacidad económica de las partes y las necesidades del alimentario. Es posible argumentar que es un derroche de recursos económicos y procesales averiguar en cada caso el interés superior del niño. Empero, aquel discurso no satisface la idea de que “la intervención de un juez se justifica por la necesidad de aplicar la ley a las circunstancias fácticas específicas de cada caso”¹⁶². Posiblemente el juez se enfrentará a varios litigios de pensión alimenticia bastante sencillos donde la controversia es por una suma de dinero que no justifica adentrarse en el interés superior del niño más allá de verificar que sus necesidades básicas estén atendidas. No obstante, incluso en una materia de índole patrimonial nos podemos encontrar frente a un caso donde la discusión involucra el bienestar no solo material de los niños sino que también espiritual.

A modo de ejemplo, en la causa C-1592-2014 tramitada ante el Juzgado de Familia de Puente Alto, la pretensión no versaba solo sobre la cobertura proporcional de los gastos, sino que además buscaba asimilar las condiciones de vida de los niños a la posición social del padre demandado. El caso trata de una familia con dos hijos no matrimoniales, ambos de 5 años de edad, la cual vivía cómodamente gracias a las rentas del padre que eran superiores al millón setecientos mil de pesos hasta antes de la separación de los padres. Dentro de las comodidades se pueden nombrar dos autos a nombre del padre los cuales se utilizaban para ir de paseo al Cajón del Maipo, salidas al cine y varias otras recreaciones tendientes a un desarrollo íntegro de los niños. Luego de la separación, la madre, quien percibía rentas por el sueldo mínimo, se quedó con el cuidado personal de los niños. Claramente toda separación trae una disminución indiscutida en la calidad de vida pues la mantención de dos hogares es costoso; sin embargo, a juicio de la madre sus hijos se vieron perjudicados más de lo que razonablemente se podía esperar. Un informe pericial social realizado por la Ilustre Municipalidad de Pirque señaló que los gastos de los niños ascendían a \$300.000. De esta forma como el padre percibe una renta ocho veces superior a la madre, su cooperación

¹⁶¹ Juzgado de Familia de Puente Alto. C-1592-2014; C-386-2014; C-257-2014; C-658-2014; C-1803-2014; C-376-2014; C-849-2014; C-850-2014; C-3250-2014; C-1889-2014.

¹⁶² FUENTES, CLAUDIO y MACARENA VARGAS. “Derecho Procesal Civil”. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 18, pp 243-258. Julio 2012 p.26

proporcional tendría que ser de \$262.500 pesos¹⁶³. Sin embargo, la demanda era por \$700.000 pesos, pues consideraba gastos que en el momento no existían pero que a juicio de la demandante eran conformes al consumo material y actividades que los niños acostumbraban hasta antes de la separación en virtud de la posición social que les correspondía en relación a su padre. La contestación señalaba que aquella suma era muy superior a los gastos reales de los niños. El magistrado, teniendo presente la demanda y contestación respectiva fijó como objeto del juicio la procedencia de fijar un régimen de pensión alimenticia en favor del niño y como hechos a probar (1) la efectividad de detentar los menores de autos la calidad de alimentario respecto del demandado, (2) la capacidad económica de las partes y cargas de familia que soporta cada una de ellas y (3) las necesidades de los alimentarios. Estos hechos que deben ser probados no se ajustan a la pretensión de la demandante pues la carga probatoria dice relación con un cálculo meramente matemático lo cual tendría que llevar a la suma de \$262.500 de pesos. Ninguno de estos puntos pone énfasis en cómo la calidad de los niños ha disminuido sustancialmente y cómo ello perjudica su desarrollo no solo material pero también espiritual enfrentados a cambios mayores a lo que razonablemente se puede esperar de una separación. Los hechos fijados al ser puramente patrimoniales no permiten ofrecer por ejemplo prueba testimonial que corrobore los perjuicios que han sufrido los niños. Justamente la prueba ofrecida por ambas partes fueron oficios a entidades relacionadas con las finanzas y la realización de un informe social que también versa sobre la situación económica de las partes. De esta manera se logra observar la importancia de la indagación inicial por parte del juez en la audiencia preparatoria que dentro de sus propósitos se encuentra dilucidar cómo el litigio puede afectar a los niños de autos, indagación que en este caso fue sin realizada sin éxito.

Esta conclusión acerca de la casi nula observancia del interés superior del niño en la fase probatoria se condice con una investigación sobre el funcionamiento específicamente del Juzgado de Familia de Santiago desarrollada en el año 2012¹⁶⁴. Dicho análisis arrojó una

¹⁶³ Si el padre percibe alrededor de \$1.700.000 de pesos y la madre percibe \$225.000 de pesos, significa que el primero gana cerca de 8 veces lo que gana la madre por lo que tiene que aportar con 7/8 de los gastos de los niños, esto es 262.500.

¹⁶⁴ FUENTES, CLAUDIO y MACARENA VARGAS. "Derecho Procesal Civil". Revista Chilena de Derecho Privado, N° 18, pp 243-258. Julio 2012

interesante conclusión respecto a la determinación del objeto del juicio y los hechos a probar. Se observó que dicha fijación se realiza sólo formalmente, es decir, que según la materia de litigio que se trate se decreta de forma abstracta y automatizada el objeto del juicio y los puntos de prueba¹⁶⁵. Esto quiere decir que en todos los juicios que versan sobre la misma materia la determinación es exactamente igual sin considerar elementos concretos de la situación controvertida. Los autores de la investigación se enfocaron en que la fijación de hechos a probar en relación con las particularidades de la causa en autos lograría ahorrar gran cantidad de prueba y el debate se circunscribiría exclusivamente a los aspectos realmente controvertidos. Es decir, en el ejemplo anterior los puntos sobre la relación alimentante-alimentario y sobre la capacidad económica de las partes debió haberse obviado puesto que la controversia se trata realmente del punto tres: las necesidades de los alimentarios. Sin embargo, aquel hecho a probar se debió haber profundizado bastante más para lograr el cometido. Asimismo, la investigación arrojó que aquel modo de proceder tiene impacto en los derechos de prueba de las partes debido a que cuando se determinan los hechos a probar de manera abstracta, el juez prescinde de las versiones de cada una, es decir de su teoría de caso¹⁶⁶. En este sentido no se puede si no concordar con las conclusiones de la investigación, pues exigen que los hechos a probar estén relacionados con los elementos concretos de cada caso lo cual avala la idea de insertar el interés superior del niño en aquella etapa procesal. Por último, es necesario recalcar que estas exigencias no se traducen en mayores gastos para el sistema judicial, por el contrario, permite enfocarse exclusivamente en lo que se discute ahorrando tiempo y recursos malgastados.

Luego de fijar los hechos que deben ser probados, en la misma audiencia preparatoria, el magistrado determinará las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta por las partes y disponer la práctica de otras que estime necesarias¹⁶⁷. De modo que la determinación de la prueba consta de tres pasos partiendo por el ofrecimiento de prueba que realiza cada parte, luego un examen de admisibilidad efectuado por el juez y culmina con una eventual disposición de prueba de oficio. Por consiguiente, todos los intervinientes contribuyen en la averiguación de la verdad.

¹⁶⁵FUENTES, CLAUDIO y MACARENA VARGAS. *Ob. Cit.* p. 23

¹⁶⁶ *Ibíd* p. 32

¹⁶⁷ LEYN°19.968 Art. 61 n° 8

Antes de ahondar en el ofrecimiento de prueba es preciso destacar que el posicionamiento del interés superior del niño como hecho a probar logra girar el enfoque del juicio al orientar la carga probatoria. Si se continúa con el modo de operar actual, la prueba seguirá centrada exclusivamente en las teorías de caso de las partes y no en el o los niños afectados. En cambio, la consideración del interés superior en la fase probatoria hace que las partes tengan necesariamente que dedicarle atención ofreciendo prueba tendiente a la construcción del término según su narración. A modo de ejemplo, en la causa C-921-2014 sobre cuidado personal tramitada ante el Juzgado de Familia de Puente Alto, los hechos a probar fueron los siguientes: (1) la legitimidad activa de la parte demandante para interponer la acción, (2) la existencia de una inhabilidad física o moral en ambos padres para ejercer el cuidado personal del menor de autos y (3) la conveniencia para las menores de autos que la parte demandante asuma su cuidado personal. Se demuestra cómo a través de los hechos elegidos se orienta el juicio a una discusión acerca de las características de ambos padres en abstracto las cuales no necesariamente repercuten en el interés superior del hijo. Centra el ofrecimiento de prueba en antecedentes desfavorables sobre el otro progenitor siendo que debiesen centrarse en aquellos antecedentes tendientes a acreditar los beneficios que reportaría el hijo estando bajo su cuidado. Se subraya que esta elección prescinde de la modificación legislativa que se concentra en los elementos tendientes al interés superior del niño como lo dispone el artículo 225-2 de la ley N°19.968 antes que en inhabilidades parentales. Como consecuencia, es posible aseverar que la fijación de estos hechos es de gran relevancia de modo que de nada sirve establecer un estándar como el del interés superior del niño si a nivel judicial no se respeta su correcta aplicación.

Recapitulando, el ofrecimiento de prueba partirá por la exposición del demandante y le seguirá la del demandado. En la construcción del interés superior del niño, las partes serán los principales encargados de aportar los antecedentes necesarios para fallar. Asimismo, tienen la capacidad de contribuir con información que de otro modo no se podría recolectar. Una vez ofrecida la prueba la magistratura examinará su admisibilidad otorgando la posibilidad de escuchar a los demás intervinientes. En este momento el juez resuelve las convenciones probatorias y ordena fundadamente que se excluyan los medios probatorios que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten

sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales¹⁶⁸. Una vez analizada la prueba ofrecida por las partes el juez podrá disponer de oficio la práctica de todas aquellas pruebas que estime necesarias por encontrarla insuficiente.

Es favorable para la evaluación y determinación del interés superior del niño, que el juez tenga la posibilidad de decretar prueba de oficio cuando estime que únicamente la prueba ofrecida por las partes no se logra acreditar. Esto puede suceder en vista de un problema generalizado en todos los procesos, esto es, que cada parte aporta *su* verdad. Si bien el sistema judicial está concebido como un mecanismo de averiguación de la verdad, no es posible olvidar que cada parte desea salir victoriosa. De manera que, “las iniciativas y las acciones de las partes no están orientadas hacia la búsqueda y el descubrimiento de la verdad”¹⁶⁹. Ciertamente que en la generalidad de los casos las partes intervinientes, que en su mayoría serán los padres del niño sobre el cual recaerá la decisión, enfocarán su narración en lo que ellos estiman como más beneficioso para su hijo, pero ello no asegura que estén encaminados hacia encontrar la decisión que favorezca en mayor medida los derechos del niño. El juez debe estar dotado de herramientas procesales para averiguar cuál es el interés superior del niño por sobre las narraciones de los demás intervinientes, pues “el libre enfrentamiento dialéctico entre las partes no constituye un buen método para lograr el descubrimiento de la verdad”¹⁷⁰. Se logra dimensionar que el objetivo del juicio de familia no es decidir sobre que parte es la ganadora, por el contrario, es encontrar la medida más idónea. Sin embargo, se subraya la relevancia de la exposición de diferentes teorías de casos dado que la confrontación ayudará a iluminar posibles caminos para adoptar aquella decisión más idónea.

En pocas palabras, la decisión sobre el interés superior del niño no se puede dejar exclusivamente en manos de las partes de modo que el juez puede disponer de la prueba que estime conveniente. Lo cual indica que no fallará necesariamente a favor de una versión u otra, sino que existe la posibilidad que descubra una mejor opción.

1.2 Audiencia de Juicio

¹⁶⁸ LEY N° 19.968 Art 31°

¹⁶⁹ TARUFFO, MICHELE. “La Prueba, Artículos y Conferencias”. Editorial Metropolitana. 2008. p.192

¹⁷⁰ *Ibíd* p. 195

Una vez finalizada la audiencia preparatoria se citará a las partes a la audiencia de juicio donde se incorporará la prueba admitida por el tribunal. Primero rendirá su prueba el demandante, lo seguirá el demandado y al final se rendirá la prueba solicitada por el juez¹⁷¹. La incorporación de la prueba significa que se ejecuta materialmente el medio probatorio.

Sobre este punto cabe notar que en materia de familia se presenta un problema en cuanto a la prueba ajeno a otras materias. El proceso en esta área jurídica no se concentra en hechos que ya ocurrieron –como ocurre en civil o penal– por el contrario muchas veces la sentencia se relaciona más bien con el futuro lo cual repercute la posibilidad de encontrar pruebas. Claramente, en materia de filiación o de divorcio de mutuo acuerdo los hechos del pasado son definitorios y permitirán encontrar la verdad –la relación filial en el primero y la existencia de los requisitos de procedencia en el segundo–. No obstante, la situación se complica cuando la decisión no se funda exclusivamente en hechos acaecidos. Especialmente en situaciones donde los afectos y los valores personales influyen sustancialmente, sin embargo, es preciso recordar que el debate judicial y por lo tanto la prueba debe ir encaminada a encontrar la medida que mejor satisfaga los derechos del niño. Entonces, en un caso de cuidado personal el juez debe ponderar los elementos necesarios que constituyen el interés superior del niño para decidir, de los cuales algunos se encontraran en el pasado, otros en un análisis del presente y por último en conveniencias futuras. Por lo que cabe preguntarse qué tipo de prueba logra efectivamente comprobar la decisión más idónea con el interés superior del niño protagonista. Cecilia Grosman da cuenta de esta realidad y asevera que las sentencias sobre el interés superior del niño son en el fondo juicios de predicción, es decir, un pronóstico sobre lo que resultará más favorable para el niño¹⁷². La predictibilidad, según la autora, está ligada al dinamismo del concepto interés superior pues va moldeándose en paralelo al desarrollo del niño.

Una vez incorporada la prueba, el juez podrá solicitar a un miembro del consejo técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, en el ámbito de su especialidad¹⁷³. Esta herramienta se entiende precisamente porque en derecho de familia el magistrado se ve

¹⁷¹ LEY N°19.968 Art. 64

¹⁷² GROSMAN, C. *ob. Cit.* pp. 37 y 38

¹⁷³ Ley N°19.968 art. 64 inciso 6°

enfrentados ante hechos que no son simples entidades sino que son hechos dinámicos y abstractos por lo que la prueba aportada tampoco será de simple entendimiento. Un medio probatorio comúnmente utilizado por su especialidad serán los informes periciales sociales y psicológicos por lo que la presencia del consejo técnico permite alcanzar una interpretación interdisciplinaria del conflicto ventilado. En resumen, los antecedentes que componen el interés superior del niño son de diferente naturaleza por lo que la interpretación efectuada por un experto en temas de familia le permite al juez alcanzar una comprensión más holística y no centrarse en temas puramente jurídicos. Por último se rescata que el consejo técnico asesora al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente¹⁷⁴, por lo que además podrá integrar la opinión del niño a las conclusiones de los medios probatorios.

Finalmente, las partes formularán, oralmente y en forma breve, las observaciones que les merezcan la prueba y la opinión del miembro del consejo técnico, así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás¹⁷⁵. A través de esta exposición las partes podrán relacionar la prueba rendida con su teoría de caso con el objetivo de convencer al tribunal de acoger su pretensión. Una buena estrategia será exponer como su narración protege el interés superior del niño en autos.

1.3 Sentencia

Una vez concluidas las observaciones a la prueba comienza la etapa de fallo que culmina con el pronunciamiento de la sentencia definitiva¹⁷⁶. La oportunidad para ofrecer e incorporar medios probatorios ha vencido lo cual indica que la recolección de antecedentes para la evaluación del interés superior del niño ha finalizado, ahora será pertinente valorar dichos antecedentes para luego proceder a la determinación. Sólo una vez evaluados los elementos necesarios para la configuración del término en estudio se procederá a su determinación. Por tanto, durante esta etapa el magistrado procederá a valorar la prueba rendida, establecer qué hechos se encuentran probados y por último emitir un veredicto oral que será redactado posteriormente en forma de sentencia. Claramente estas tareas se deberán realizar en virtud de

¹⁷⁴ LEY N° 19968 Art 5° letras a y b

¹⁷⁵ LEY N° 19968 Art 64 inciso 7°

¹⁷⁶ JARA CASTRO, *ob. Cit.* p. 219

todos los hechos fijados en la audiencia preparatoria pero el examen a continuación se centrará exclusivamente en el interés superior del niño como hecho a probar.

Es preciso señalar que valorar la prueba significa que el juez le asigna mérito a la fuerza persuasiva de los medios probatorios, de forma que se logre establecer qué hechos han resultado determinados a lo largo del proceso¹⁷⁷. Como plantea Michelle Taruffo, “en todo procedimiento de carácter epistémico tiene importancia decisiva el método, es decir, el conjunto de las formas a través de las que se seleccionan, controlan y utilizan las informaciones que sirven para demostrar la verdad de las conclusiones.”¹⁷⁸ La ley N°19.968 establece en su artículo 32° que el método por el cual los jueces apreciarán la prueba será las reglas de la sana crítica. De modo que respondiendo a la cita de Taruffo, el juez no podrá, contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados para encontrar la verdad. La gracia de estas reglas es que prohíben a los jueces recurrir a conocimientos privados provenientes de experiencias individuales, en condiciones que ellas ofrezcan una solución¹⁷⁹.

El Comité sobre los Derechos del Niño indica que “la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros.”¹⁸⁰ Esta afirmación se condice con el objetivo de las reglas de la sana crítica pues se otorgará mérito a cada elemento según su propio peso pero también en relación con los demás elementos intervinientes. El sistema de la sana crítica está en armonía con la naturaleza del interés superior del niño pues se necesita un modelo que confiera cierto grado de flexibilidad pero que no caiga en la libertad misma. Tanto la imposición del sistema de prueba legal como la libre convicción contradicen los avances hacia una concreción objetiva del concepto; el primero por concentrarse en la forma del medio y no en su contenido probatorio dificultando así una construcción que recaiga en elementos concretos, y el segundo por no establecer parámetros facilitando el manejo de ideas abstractas que no se desprenden de una conclusión lógica de la

¹⁷⁷ TAVOLARI, Raúl. Valoraciones sobre la Prueba en el Proceso. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCV, N°2. 1998 p. 38

¹⁷⁸ TARUFFO, M. ob.cit. p.60

¹⁷⁹ Coloma p. 675

¹⁸⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 80

prueba. “El atractivo de la sana crítica proviene, entonces, de una mezcla de libertad y de sujeción en la valoración de las pruebas disponibles en un juicio, la cual se espera reduzca los falsos positivos y los falsos negativos que la aplicación de sistemas de pura libertad o de pura sujeción tienden a favorecer”¹⁸¹. De modo que a través de las reglas de la sana crítica el tribunal precisará el contenido informativo de cada medio probatorio para así calificar su mérito. Atendiendo en todo momento que el “propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño.”¹⁸²

Es a la hora de valorar la prueba cuando la lista de criterios pre-establecidos cobra importancia práctica pues son conclusiones extraídas que funcionan como máximas de la experiencia. Es menester recordar que estos criterios no son taxativos y no poseen fuerza en sí mismos por lo que su presencia no se debe a un sistema de prueba legal, por el contrario su labor es meramente orientadora. La excepción será la opinión del niño de autos pues tiene una posición privilegiada respecto a los demás criterios a considerar por ser imprescindible. Tanto así que el Comité ha afirmado que “El artículo 3º, párrafo 1º, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12º.”¹⁸³

Ha quedado establecido, entonces que el mérito de la prueba dependerá de las conclusiones que se extraigan a partir de las reglas de la sana crítica. Empero, el mérito probatorio jamás será absoluto pues dentro del contexto judicial será casi imposible conocer a ciencia cierta la verdad. Ante esta dificultad se fija un estándar de prueba que disponga un grado de confirmación que permita justificar un relato como probado. “El grado de confirmación de un enunciado resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles respecto de un determinado enunciado, su grado de fiabilidad y su coherencia”¹⁸⁴. Es posible distinguir, entonces, una dimensión de peso gracias a la valoración de

¹⁸¹ COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio. Lógica, Ciencia y Experiencia en la Valoración de la Prueba. Revista chilena de derecho, vol.41 N°2 Santiago agosto 2014 p. 675

¹⁸² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 82

¹⁸³ *Ibíd.* párr. 43

¹⁸⁴ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la Verdad: el Juez y la Construcción de los Hechos*. Marcial Pons: Buenos Aires, 2010.299 p.248

la prueba y una dimensión de probabilidad gracias a la fijación de un umbral que calificará si la prueba es suficiente para tratar un hecho como verdadero¹⁸⁵.

Cabe señalar, que si bien la ley N°19.968 se hace cargo de disponer un sistema de valoración de la prueba, guarda silencio en cuanto a la fijación de un estándar de prueba. Esta ausencia perjudica la determinación objetiva del interés superior del niño en tanto el magistrado libremente decidirá sobre el umbral de probanza. A continuación se expondrán los beneficios que reporta la existencia de un estándar de prueba y las características del estándar que se debiese regular.

La disposición de un estándar de prueba es el resultado de una elección valorativa que determina que bien se quiere proteger. Marina Gascón ejemplifica esta decisión político-valorativa notando que el estándar determina una distribución del error judicial. Claramente la decisión judicial no logrará nunca ser cien por ciento fiable por lo que se tendrá que decidir si es preferible aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, o no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero¹⁸⁶. De tal manera que si se considera que es más aceptable para la protección de los derechos del afectado no aceptar como verdadero lo que es falso, como sucede en derecho penal gracias al principio de inocencia, se fijará un estándar particularmente exigente como la convicción más allá de toda duda razonable¹⁸⁷. En otras palabras, este estándar refleja que como sociedad se exige un grado de confirmación cercano a la certeza absoluta, puesto que solo admite dudas irrazonables, para sentenciar a un imputado, con la intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente¹⁸⁸. Por el contrario, en sede civil, donde los litigantes están en una condición de igualdad, por lo que no cabe distribuir el error en favor o en contra de alguno, se ha optado por el estándar de la probabilidad prevaeciente. Esto significa que el “juez debe elegir la hipótesis fáctica que haya

¹⁸⁵ Las dimensiones de “peso” y “probabilidad” son estudiadas por Alex Stein en su libro “Foundations of Evidence Law”, citado en LARROUCAU, JORGE. “Hacia un Estándar de Prueba Civil”. Revista Chilena de Derecho vol. 39 n° 3. Pp.783-808. 2012 p. 793 y 794

¹⁸⁶ GASCON, MARINA. “Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos”. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Pp.127-139. 2005 p.130

¹⁸⁷ Ibíd p.131 relacionado al artículo 340 del Código Procesal Penal

¹⁸⁸ TARUFFO, Michelle. *Simplemente...ob.* Cit. p. 249

recibido el sustento relativamente mayor, respecto de cualquier otra hipótesis”¹⁸⁹, o sea aquél relato simplemente más probable.

La decisión político-valorativa no se ha efectuado respecto al derecho de familia. Posiblemente la diversidad de materias conocidas en los juzgados impide una visión unitaria, pues cada una de ellas requiere de atenciones particulares en consideración al bien jurídico que está en juego y los sujetos involucrados. En primer lugar, existen juicios, como el de divorcio por mutuo acuerdo, donde ambos litigantes están en plano de igualdad, mientras existen otros donde el principal afectado no tiene herramientas jurídicas extensas, como aquellos casos que involucran menores de edad. En segundo lugar, hay litigios donde el bien prevalente es el patrimonial, como sucede en los casos de pensión de alimentos o imposición de guarda, en contraposición a los bienes relacionados con la integridad física y psíquica propios de las causas de violencia intrafamiliar o de vulneración de derechos.

Claramente no es posible adecuar un solo estándar de prueba a todas las materias contempladas en el artículo 8° de la ley N°19.968. Incluso, concentrándose únicamente en aquellos juicios donde puede verse afectado un niño, una niña o un adolescente, los bienes jurídicos protegidos cobran diversa índole. Sin perjuicio, es evidente que los niños no se relacionan como iguales respecto a los demás intervinientes, sobre todo en este escenario, en vista de su condición jurídica. Así como el Estado protege a los imputados estableciendo el principio de inocencia que se traduce en un estándar de prueba más exigente, en el caso de los niños el principio de protección especial impone la obligación de adoptar medidas que refuercen los derechos del niño. La CIDH “ha acentuado la existencia de una verdadera obligación jurídica de adoptar medidas especiales”¹⁹⁰ en repetidos fallos y en la Opinión Consultiva N°17 donde

¹⁸⁹ *Ibíd* p. 250

¹⁹⁰ AGUILAR, GONZALO. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, n°1. 2008. p.240 refiriéndose a los siguientes casos: CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 56 y 60, p. 62; CORTE I.D.H.: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 146 y 191; CORTE I.D.H.: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, pars. 126 y 134. CORTE I.D.H.: Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, par. 160, p. 96.

señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”¹⁹¹.

Por tanto, su posición privilegiada de protección indica que no se encuentra en un plano de igualdad con respecto de los demás intervinientes lo que tiene como consecuencia que la balanza siempre se tendrá que inclinar a su favor. Cabe observar que mientras en otros procedimientos, como el civil o laboral, el estándar de prueba sirve para distribuir el riesgo de error entre los litigantes, en tanto en estos casos no se relaciona primordialmente con las partes, sino que distribuye el error considerando un tercero interviniente: el niño, niña o adolescente afectado.

Sin embargo, aún falta establecer un grado de confirmación que se adecue a dicha posición. Fijar el umbral en el grado mínimo, esto es la probabilidad prevaleciente, queda descartado por la falta de relación de igualdad. Del mismo modo, el grado más alto de convicción –más allá de toda duda razonable– tampoco cumple la expectativa porque así como “disminuye la posibilidad de errar al declarar probado un hecho, aumenta la posibilidad de errar al darlo por no probado”¹⁹².

En consideración a esta problemática se propone que el estándar de prueba pueda moverse entre la probabilidad prevaleciente y más allá de toda duda razonable dependiendo en que tan afín sea la pretensión con los derechos del niño. Por ejemplo, el artículo 9 N°4 de la CDN protege fuertemente la comunicación entre el niño y el padre que no tiene el cuidado personal estableciendo excepcionalmente su privación. De modo que la pretensión de fijar una relación directa y regular tendrá que alcanzar un grado de confirmación más leve que aquella que se oponga. Esto se traduce que se regulará una relación directa y regular si el relato ha obtenido una confirmación débil y el relato opuesto no ha recibido ninguna confirmación. Por el contrario, la pretensión que se opone a la relación por ser perjudicial al niño tendrá que obtener una confirmación fuerte y el relato opuesto ninguna confirmación o una simplemente débil. Extendiendo el ejemplo a una causa de aumento de pensión alimenticia donde ambos relatos

¹⁹¹ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr.60

¹⁹² GASCON, MARINA. *Ob. Cit.* p.130

contrapuestos obtuvieron el mismo grado de confirmación, la balanza tendrá que inclinarse a favor del niño y acceder al aumento pero en una cantidad leve.

La incertidumbre que provoca la falta de un estándar de prueba no ha sido inadvertida por las autoridades. La Corte Suprema en el año 2009, a propósito de las deficiencias presentadas en la implementación inicial de los Juzgados de Familia, emitió un Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia donde le impone al Comité de Jueces de cada tribunal la realización de estándares mínimos de prueba. Se regula en el artículo 26 del auto acordado que indica que “atendidas las tipologías de audiencias definidas en virtud de este instrumento¹⁹³, el Comité de Jueces propenderá a fijar estándares mínimos de prueba necesarios e indispensables para la resolución de cada uno de los tipos de casos descritos, y especialmente con el fin de facilitar la realización de las audiencias de juicio. Para dicho propósito serán oídos todos los Jueces del tribunal”. La disposición refleja que la preocupación está orientada hacia el tipo y calidad de prueba que debe rendirse en determinados juicios y no a la fijación de un umbral. Sin embargo, el propósito detrás de esta regulación es el mismo: la necesidad de establecer ciertos parámetros para confirmar un hecho como probado. El establecimiento de este parámetro es esencial considerando que el juez que conduce la audiencia preparatoria no es necesariamente el mismo que conducirá la de juicio por lo que se podrían producir discrepancias de criterio a la hora de aceptar los medios probatorios propuestos que perjudique la pretensión¹⁹⁴. Se recalca que la generación de consensos no implica penetrar en las facultades privativas del juez, pues cada uno asignará a cada medio probatorio el mérito que estime prudente en conformidad a las reglas de la sana crítica¹⁹⁵.

Finalmente la audiencia de juicio culmina con la comunicación inmediata por parte del juez de su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla¹⁹⁶. Sin embargo, estas consideraciones no bastan para justificar la decisión final, están limitados a describir en grandes rasgos el veredicto. En vista de aquello, la ley impone la

¹⁹³ Se refiere a las audiencias definidas en el artículo 12° del mismo instrumento, es decir, las que se versan casos complejos, casos controvertidos con prueba limitada y casos sin controversia pero con necesidad de prueba. JARA CASTRO. *Ob. Cit.* p. 174

¹⁹⁴ CORTE SUPREMA, Acta 98-2009: Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia Herramientas de Gestión p. 166

¹⁹⁵ *Ibíd* p. 166

¹⁹⁶ LEY N° 19.968 Art 65

necesidad de redactar una sentencia donde se fundamenten los argumentos confirmatorios de la decisión.

1.3.1 Motivación de la Sentencia

Las etapas de evaluación y determinación finalizan con la imposición de dejar patente que el interés superior del niño en autos ha sido una consideración primordial lo cual incluye explicar cómo se ha examinado y la importancia que se le ha atribuido en la decisión¹⁹⁷. En este sentido el Comité explica que “a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada”¹⁹⁸. Continuando en un nivel internacional, esta idea se refuerza en la Opinión Consultiva N°17 donde se señala que “cualquier actuación que afecte a éste [el niño] debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.”¹⁹⁹

La motivación “conciene a los hechos y a las razones por las que resultan probados”²⁰⁰. De modo que la relación entre la fundamentación de la sentencia y el dúo valoración y estándar de prueba es claro. Michelle Taruffo es bastante explicativo al respecto cuando observa que si la decisión es justa en la medida que se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso, ciertamente no basta con enunciarlos para establecer la verdad de su descripción. En este sentido, explica que un enunciado puede ser aceptado como verdadero bajo la condición de que haya sido adecuadamente confirmado por las pruebas disponibles, de modo que, faltando esta confirmación, el enunciado no puede considerarse ni verdadero ni falso y no constituye, entonces, un fundamento válido para la decisión final. Por consiguiente, el autor concluye que los enunciados que narran los hechos principales del caso deben estar justificados de tal modo

¹⁹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 14 letra b

¹⁹⁸ *Ibíd.* párr. 97

¹⁹⁹ CIDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 113.

²⁰⁰ TARUFFO, MICHELE. *La Prueba... ob.cit.* p.266

que deben explicitarse las razones por las que es racional considerar que son verdaderos y se deben indicar las inferencias probatorias que atribuyen grados adecuados de confirmación a esos enunciados²⁰¹.

Mariana Gascón se adscribe a la misma corriente de pensamiento afirmando que el estándar de prueba “es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria”²⁰². Desarrolla su idea posicionándose en el caso que el estándar de prueba fuera exigente de forma que no bastaría con manifestar que la hipótesis demandante está sólidamente confirmada y la hipótesis del demandado no lo está, sino que habría que justificar cómo las pruebas consideradas en su conjunto, no podrían explicarse si la segunda hipótesis fuera verdadera y la segunda en cambio no²⁰³. Por consiguiente, en caso que no se desarrolle la justificación del grado de confirmación, la motivación de la sentencia será incompleta.

Esta exigencia de fundamentación es absorbida en el procedimiento ordinario nacional por el artículo 66° de la ley N° 19.968 que norma el contenido de la sentencia definitiva requiriendo –entre otros– (1) el análisis de la prueba rendida, (2) los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión; y, (3) las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo. En otras palabras, sigue la corriente doctrinaria expuesta pues el análisis de la prueba rendida exige la expresión de las reglas de la sana crítica que fueron utilizadas para dar fuerza a la prueba; el segundo punto implica exponer la calificación de la prueba para decretar qué hechos se consideran acreditados por superar el grado de confirmación requerido; mientras que el tercero conduce el razonamiento a la ley. Asimismo, es preciso señalar que la regulación nacional también impone la carga de referirse a la prueba que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo²⁰⁴, ya “todas las pruebas de las que se disponía para la decisión deben ser consideradas expresamente, y su valoración también debe ser adecuadamente justificada.”²⁰⁵

²⁰¹ TARUFFO, MICHELE. *La Prueba... ob.cit.* p.269

²⁰² GASCON, MARINA. *Ob.cit.* p.138

²⁰³ *Ibid.* p.138

²⁰⁴ LEY N°19.968 Art 32°

²⁰⁵ TARUFFO, MICHELE. *La Prueba... ob.cit.* p.272

A fin de apreciar en concreto la obligación, a continuación se expone sentencia de fecha 13 de mayo 2011, sobre cuidado personal presentada ante el Juzgado de Familia de Rengo bajo el RIT C-236-2010. Con el fin de analizar la prueba rendida primero se enumeran los medios probatorios incorporados tanto por la parte demandante como por la parte demandada. Esta enumeración tiene como propósito simplemente exponer la prueba ya que no se emite ningún juicio de valor sobre aquella. Así por ejemplo en el caso de la prueba pericial o testimonial se utiliza la técnica de citas para exponer el contenido de manera objetiva. Se prosigue con un resumen de la opinión del niño obtenida en audiencia reservada. Una vez finalizada la simple enunciación de la prueba, el sentenciador alude a la opinión emitida por el consejero técnico en el campo de su experticia. La opinión del consejo técnico es significativa para la valoración de la prueba ya que sus conclusiones profesionales ayudarán a otorgarle mérito a la prueba. A modo de ejemplo, gracias a su conocimiento técnico el consejero advierte que “el informe emitido por el DAM, no señala la inexistencia de habilidades, sino que disminuidas.”²⁰⁶ Este tipo de conclusiones influyen directamente en el establecimiento del grado de confirmación alcanzado. En este caso, el informe del DAM no servirá como confirmación fuerte de las inhabilidades de la madre sino que sólo lo confirma débilmente, de modo que el juez para acreditar su inhabilidad tendrá que basarse además en otros medios probatorios que en su conjunto alcancen el grado de confirmación necesario. Enseguida, el juez se pronuncia sobre la prueba rendida para cada hecho a probar, relacionando y extrayendo sus conclusiones. Una clara muestra de cómo funcionan las reglas de la sana crítica se desprende del análisis de la prueba incorporada por la madre en tanto el sentenciador afirma que, “En cuanto a acreditar que la madre sí se encuentra habilitada para seguir con el cuidado [del niño], se hizo valer de las mismas pericias solicitadas por el actor, e incorpora informes que no son actualizados, si no de larga data como lo es el informe pedagógico el cual es del año 2006, y a mayor abundamiento, la prueba testimonial rendida, específicamente [una señora], no se encuentra actualizada en cuento a la situación del niño, afirmando que sólo el último tiempo lo ha visto dentro del Tribunal, y fue su profesora hace cinco años, por lo tanto, mal puede estar plenamente informada y al tanto de la situación actual de las partes y, en virtud de ello, su relato carece de relevancia.”²⁰⁷ Las máximas de experiencia le indican al juez que los medios probatorios actualizados priman por sobre aquellos desactualizados y que una profesora de hace años no es un testigo idóneo por no conocer la

²⁰⁶ Juzgado de Familia de Rengo, RIT C-236-2010, sentencia de fecha 13 de mayo 2011 considerando 7°

²⁰⁷ *Ibíd.* considerando 14°

situación presente del niño. Por último, en la sentencia se hace referencia a la normativa nacional e internacional aplicable a fin de tomar una decisión ajustada a derecho.

Claramente la normativa nacional se refiere a todos los hechos a probar fijados por el juez, dentro de los cuales se propone que se encuentre el interés superior del niño. Sin embargo, su determinación es crucial para razonar sobre los demás hechos fijados puesto que será una consideración primordial. De modo que relacionando la obligación impuesta a nivel internacional con la normativa nacional, la sentencia que se pronuncie sobre un conflicto que afecte a un niño, niña o adolescente, necesariamente tendrá que contener dos niveles de motivación. El derecho internacional impone la justificación de la determinación del interés superior del niño mientras que el derecho nacional impone la justificación de todos los hechos del caso. Dado que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial de la decisión, la explicación sobre su determinación debiese mencionarse antes que el razonamiento sobre los demás hechos del caso que se verán afectados por ella.

Respecto a la determinación del interés superior el Comité indica que “en la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño.”²⁰⁸ De modo que la fundamentación debe referirse a toda la prueba aportada en relación a todos los puntos de prueba pero además tendrá que referirse especialmente al interés superior del niño por su posición de consideración primordial.

Finalmente, en cuanto al contenido de la motivación, en caso que la decisión defiriera de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la cual no se la ha considerado²⁰⁹. La imposición refuerza que el derecho del niño a que no sólo se le escuche pero también se tome en serio su relato. Del mismo modo, en los casos excepcionales donde la solución elegida no atiende al interés superior del niño, “se deben indicar los motivos a los que

²⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 97

²⁰⁹ *Ibíd.* párr. 97

obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. [Pero n]o basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular.”²¹⁰

En definitiva, la motivación de la sentencia importa explicitar la premisa justificatoria utilizada de modo que se evidencie la adjudicación de la decisión al derecho logrando así un control de legalidad distinguiendo la actividad jurisdiccional de un acto políticamente neto²¹¹. En el procedimiento nacional donde el sistema de la sana crítica prevalece es esencial para controlar la objetividad en la determinación del interés superior del niño, pues constituye una garantía de que se resolverá la litis según *allegata et probata*, es decir, en hechos realmente demostrados en juicio²¹². Es de suma importancia que el sentenciador desarrolle su razonamiento de tal manera que se logre corroborar que se ha arribado a una decisión que satisface lo mejor posible los derechos del niño en aquella situación. No es posible obviar el hecho que “los jueces, quienes interpretan el interés superior del niño en sus resoluciones, son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales”²¹³, por lo que un gran mecanismo de control es que tengan que argumentar por qué esa decisión es la más idónea de acuerdo al contexto del niño de manera que tenga sentido.

Se observa cómo la dimensión como norma de procedimiento del interés superior del niño es crucial para garantizar un proceso de evaluación y determinación conforme a derecho. El propósito de concretar el interés superior es lograr decisiones más objetivas gracias a una íntima relación con los hechos del caso que la justifiquen. De esta forma la decisión recaerá sobre la

²¹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013. Párrafo 97

²¹¹ GARRIDO, RICARDO. El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho N° 7. p. 11

²¹² GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, pp. 93 – 107. 2006 p. 103. citando a PAILLÁS PEÑA, Enrique. Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile, 1991, 163 pp.

²¹³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. “El Sistema Filiativo Chileno” Editorial Jurídica de Chile 2007, Santiago de Chile. p. 45

verdad y por tanto será justa, si se encuentra respaldada en suficiente evidencia de modo que haya una correcta aplicación de la norma.

CONCLUSION

Las persistentes discusiones acerca del alcance del interés superior del niño demuestran que su incorporación al ordenamiento jurídico internacional ha sido todo menos pacífico. En un primer momento, el conflicto gira en torno a la indeterminación del término y las consecuencias perniciosas que ello ocasiona en la toma de decisiones judiciales. No obstante, con la dictación de la Observación General N°14 se alcanza una definición que pone fin a la incertidumbre. Los cuestionamientos acerca del significado o contribución del interés superior del niño se ven opacados por una comprensión uniforme del término que enaltece su contenido jurídico. De modo que en el contexto actual lo importante es adoptar la postura del Comité de los Derechos del Niño, trasladando la discusión hacia el proceso de adecuación de los sistemas judiciales de los Estados parte al nuevo estándar.

El problema en torno a la indeterminación del interés superior del niño se origina por haber introducido el concepto en la Convención sobre los Derechos del Niño sin incluir una definición legal que permita conocer su naturaleza jurídica y su modo de aplicación práctica. La Convención quiebra con la doctrina de “la situación irregular” por lo que se hace imposible consultar cualquier antecedente previo a su promulgación por ser completamente incompatible con la nueva filosofía. La Convención sobre los Derechos del Niño se basa en la concepción del niño como sujeto de derecho, capaz de participar en su desarrollo personal, por lo que toda aproximación a la naturaleza del interés superior del niño que no se inspire en ello se debe descartar totalmente.

Como consecuencia, en aquel momento la pretensión de diseñar un estándar internacional sobre los derechos de la infancia y adolescencia se ve truncada por esta imprecisión conceptual. Dentro de la Convención, el interés superior del niño tiene una posición importante ya que se exige su consideración primordial en los juicios en que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, resulta contraproducente elevar un término como consideración primordial si no se especifica su aplicación pues deviene en un derecho sin contenido real.

El Comité de los Derechos del Niño, tres años luego de la promulgación del tratado principal, publica un documento con orientaciones destinado a elaborar los informes periódicos obligatorios para los Estados parte. En el documento se establece implícitamente al interés superior del niño como un principio rector. La mayoría de la doctrina y organismos internacionales adoptan esta posición como pilar de su teoría instituyéndose globalmente la idea de que el interés superior del niño es un principio jurídico. Incluso el gobierno de Chile, años más tarde, elige guiarse por esta teoría y en el artículo 16° de la ley N° 19.968 habla del interés superior del niño como un principio fundamental.

Sin embargo, el reconocimiento del interés superior del niño como principio rector no es lo suficientemente fuerte como para zanjar las discusiones al respecto. A pesar del pronunciamiento del Comité, varios autores siguen publicando teorías sobre la verdadera naturaleza del interés superior. Durante dos décadas prepondera el reconocimiento del interés superior del niño como un principio, sin perjuicio de planteamientos distintos por algunos autores. La insatisfacción se debe a que la conceptualización como principio no se adapta correctamente al fin perseguido por el interés superior del niño. Como principio su utilización debiese reducirse a aquellos casos donde no existe una regla de aplicación directa o donde existe colisión de derechos, teniendo cabida solo al momento de fallar; sin embargo, ello contraviene la aplicación general dispuesta en el artículo 3° de la Convención.

A raíz de la indeterminación surgen varios cuestionamientos y crece una corriente abolicionista del término. Se plantea que al no existir acuerdo sobre la extensión del interés superior del niño, éste se transforma en un enunciado abstracto capaz de fundamentar cualquier decisión judicial, incluso aquellas contrarias a derecho. El propósito de elevar al niño como sujeto de derecho se ve opacado porque en la práctica se utiliza el término como una herramienta arbitraria que perpetúa la visión del niño como objeto de derecho.

Ante esta realidad otro sector doctrinario, así como la jurisprudencia interamericana, intentan frenar la controversia con un esfuerzo por objetivizar el concepto. La Corte Interamericana, gracias a la noción de *corpus juris* de los derechos del niño, empieza a pronunciarse directamente sobre el contenido del interés superior postulando interesantes conclusiones. El primer vuelco en el destino del interés superior del niño se produce debido a

que se le identifica con los derechos de la Convención. Gracias a lo cual es posible alejarse categóricamente de definiciones basadas en meras intenciones y acercarse a una concepción jurídica del término. De esta forma se establece la necesidad de idear un marco normativo en relación a la disputa del caso de tal modo que se aproveche de la flexibilidad del interés superior pero con límites formales claros.

Si bien es cierto que desde la dictación de la Convención sobre los Derechos del Niño se busca enaltecer al niño como sujeto de derecho, no es hasta la caracterización jurídica del interés superior del niño que existe una herramienta que asegure su protección en el área judicial. Esto se ve reflejado en la aparición de varios instrumentos y sentencias interamericanas, tales como la Opinión Consultiva N°17 o el pronunciamiento sobre el caso “Yean y Bosico vs. República Dominicana”, donde explícitamente se dice que el interés superior del niño debe ser entendido como la satisfacción de todos los derechos de los menores.

El consenso que se logra en torno a la caracterización del interés superior permite dejar atrás la controversia sobre el valor de éste y concentrarse definitivamente en cómo aprovechar el potencial del artículo 3° de la CDN. Es a partir de esta concepción que se avanza hacia la realización concreta del interés superior del niño que constituye el segundo hito en su evolución. Este segundo avance se muestra necesario puesto que la equiparación del término con un *corpus juris* preciso permite restringir el ámbito de actuación del magistrado sin embargo, no demuestra cómo aplicarlo y en qué extensión.

Sin perjuicio de las consecuencias negativas de una falta de regulación sobre la puesta en práctica de la norma, no es menos cierto que permitió un espacio de exploración enriquecedor. Es así como diversos organismos internacionales, como el ACNUR o la CIDH, comenzaron a desarrollar ideas que luego serían adoptadas por el Comité en la Observación General N°14. El modo de aplicación del interés superior del niño por parte de estos organismos fue desarrollándose de forma paralela a la efectiva caracterización del niño como sujeto de derechos. Específicamente el derecho a la participación progresiva enaltece los hechos que rodean el caso en autos, pues empiezan a importar la opinión y las relaciones del niño, por lo que consecuentemente el interés superior del niño también es observado de forma más concreta.

La Convención sobre los Derechos del Niño introduce ideas innovadoras para el derecho de la infancia, por lo que es lógico que tanto los organismos internacionales como los Estados partes requieran cierto tiempo en adaptarse a sus propuestas e interpreten sus propósitos con la realidad del momento. Entonces, luego de una década de exploración, se empieza a concordar que el interés superior del niño no es un enunciado genérico rodeado de nociones sociales, por el contrario, tiene su raíz en el bienestar del niño o niña involucrado en el caso específico limitado por la normativa aplicable.

De modo que luego de años de incertidumbre en el año 2014 el Comité de los Derechos del Niño, reúne los avances alcanzados por la doctrina y la jurisprudencia y dicta la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. El gran mérito de esta observación es haber logrado captar el potencial del interés superior del niño en las diferentes etapas del juicio señalando que cumple varias funciones a través del proceso. Pone un alto a la ausencia de regulación orgánica configurando el concepto como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento. De esta forma se hace cargo se hace cargo del problema de incertidumbre que generaba el hecho de que el interés superior del niño pudiera ser invocado en cualquier etapa procesal. Para ejemplificar el problema, concebido el interés superior del niño únicamente como principio rector el hecho que se utilice tanto para delimitar el número de audiencias en que intervenga el niño en aras de mitigar las consecuencias perniciosas que puede tener en él –interviniendo como un límite en la fase probatoria– y luego ser invocado en la sentencia para preferir una norma sobre otra –interviniendo como principio– produciendo ciertamente confusión.

Al configurar el interés superior del niño como una triple identidad se circunscribe una función y un modo de aplicación en miras de ella para cada arista procesal. De esta forma, como derecho sustantivo se logra el énfasis necesario en los presupuestos fácticos que rodean la situación del niño. Función extensamente analizada por los organismos internacionales junto con algunos autores como Francisco Rivero. A su vez como principio interpretativo se reconoce el rol de la teoría preponderante hasta ese momento pero reconociendo que se restringe a un ámbito abstracto de aplicación. En este sentido su rol como principio dice relación con el favorecimiento de la normativa que mejor satisfaga los derechos del niño. Por último, como

norma de procedimiento regula las garantías procesales que se deben respetar para dar pleno efecto a la disposición²¹⁴.

Las Observaciones Generales son informes interpretativos acerca de las disposiciones de la Convención y por ello son vinculantes para los Estados parte. Sin embargo, la adaptación plena de la normativa nacional con el estándar de la Convención es más lento de lo esperado. A modo de ejemplo, Chile ratificó el tratado en 1990 pero no es hasta la dictación de la ley N°19.585 del año 1998 que se introduce por primera vez el concepto “interés superior del niño” a la legislación nacional. Empero, en los informes periódicos emitidos en razón del artículo 44 de la Convención, el gobierno de Chile se hizo cargo del hecho de no haber implementado el término señalando que igualmente las políticas públicas se han inspirado en los ideales detrás del interés superior del niño.

Hoy el sistema judicial chileno se enfrenta a un escenario similar. Los procedimientos ante los Juzgados de Familia están regulados por la ley N° 19.968 del año 2004, diseñada siguiendo la corriente que entiende el interés superior del niño como un principio fundamental. Esta normativa se encuentra vigente actualmente sin existir iniciativas legislativas que la modifiquen por lo que es posible afirmar que se encuentra desactualizada en relación al estándar internacional desde la dictación de la Observación General N°14.

Sin embargo, se propone que la definición de interés superior del niño y su referido método de aplicación por parte del Comité no son incompatibles con la normativa nacional presente. Es decir, nuevamente es posible respetar los ideales de la Convención aunque sea por un camino diferente a la reforma legislativa. Se debe recordar que la referencia que hace la ley al interés superior como principio rector dice relación con el objetivo de la ley y no con una arista de la triple identidad del término propuesta actualmente. De modo que, sin entrar en la discusión sobre la primacía de los tratados internacionales sobre la legislación nacional, es posible afirmar que la concepción chilena es lo suficientemente amplia como para incorporar la definición de interés superior del niño y el método de aplicación planteados en la Observación General en comentario.

²¹⁴ Esta última arista es tratada cabalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la importancia de fundamentar las sentencias y por Miguel Cillero que postula que el interés superior del niño es un principio garantista.

El Comité propone la evaluación y determinación del interés superior del niño como requisitos para que dicho interés sea una consideración primordial ajustada a derecho. A través de la evaluación se conocen los elementos de la situación puntual que sirven para constituir el interés superior del niño en autos mientras que a través de la determinación se definen qué elementos son los pertinentes para resolver el caso dotando finalmente de contenido al concepto. Este método busca resaltar las circunstancias fácticas que rodean el conflicto del niño con tal de decidir desde el conocimiento velando por una solución que mejor satisfaga sus derechos. Se observa que la determinación del interés superior del niño se encuentra estrechamente ligada a su titularidad de derechos por lo que es fundamental para Chile adaptarse a este estándar para dar pleno efecto al objetivo ulterior de la CDN.

Considerando la trascendencia del cambio de actitud planteado por el Comité se presenta una manera de hacer compatibles los conceptos “evaluación” y “determinación”, como método de aplicación del interés superior del niño, a las etapas procesales establecidas en la ley N°19.968.

De acuerdo con dicha ley el juez determina el objeto del juicio con el fin de fijar los puntos de pruebas sobre los cuales únicamente se podrán aportar medios de prueba. De esta forma se limita el debate litigioso restringiéndose a los hechos realmente controvertidos. Si de acuerdo a lo planteado por el Comité, se concibe el interés superior del niño como un derecho a que se consideren las circunstancias que hacen única su situación, es preciso que se fije el interés superior del niño como un hecho controvertido. Sólo de esta forma las partes y el juez de oficio tendrán la posibilidad de incorporar evidencia sobre los presupuestos fácticos que formarían el interés en autos.

La propuesta se acomoda al ideal de que el interés superior del niño se deje de utilizar como un enunciado abstracto y pase a ser un elemento más a discutir. De esta forma se instaura la noción que cada niño es único por lo que la mejor manera de dar pleno efecto a sus derechos también lo es. No obstante, existen ciertas dificultades en su implementación, que provienen de una práctica judicial mecanizada, que deben atenderse.

En primer lugar, la consideración del interés superior del niño se circunscribe únicamente a las materias dónde se encuentra expresamente regulada su aplicación. Una

observación sobre el escenario judicial da cuenta que los jueces no indagan sobre cómo la sentencia podría afectar al niño comprometido sino que se guían por la materia en juicio. Si bien es cierto que la mecanización del sistema proviene de la experiencia, también es cierto que ninguna generalización es absoluta implicando que de esta forma es posible la vulneración del derecho de un niño que no se determine su interés superior²¹⁵.

En segundo lugar, a raíz del mismo problema, una vez determinado el objeto del juicio, los puntos a probar se fijan automáticamente siendo siempre los mismos sin referirse a las particularidades del caso o sin atender a que hay puntos no discutidos. Se debe terminar con esta práctica con tal de concebir la posibilidad de establecer el interés superior del niño como un hecho a probar. Asimismo, puede suceder que el desacuerdo se limite a un asunto muy particular que requiere de atención precisa, lo cual no se logrará si el magistrado fija los hechos a probar de forma abstracta.

Por su parte en vista de que la determinación viene a equilibrar los factores incorporados para valorar la opción que mejor satisfaga el interés del niño, es perfectamente compatible con la fase decisoria del fallo. El Comité aconseja elaborar una lista de criterios que puedan guiar la aplicación del interés superior del niño. En Chile existen estos criterios a propósito del cuidado personal y de la relación directa y regular, mas no existe una lista generalizada para concretar el interés superior independiente de la materia que se trate. Empero, la ley N°19.968 establece como sistema de valoración de la prueba las reglas de la sana crítica, y la lista de criterios no es más que un resumen de las máximas de experiencia más generalizadas. De modo que si bien existe un desajuste es enmendable con una correcta utilización del sistema de valoración de la prueba.

Sin embargo, se observa un problema ante la ausencia de estándar de prueba. El objetivo de idear el interés superior desde los presupuestos concretos del caso no sólo requiere que éstos se tengan a la vista, sino que además el juez decida conforme a los elementos que han sido probados. El sistema de valoración de la prueba asigna mérito probatorio a cada medio incorporado al juicio, sin embargo, no indica si se ha alcanzado grado de confirmación adecuado para justificar un hecho como probado. Un tratamiento objetivo del interés superior del niño

²¹⁵ Esto sucede precisamente en el ejemplo sobre un juicio de pensión alimenticia que se utilizó como demostración de lo planteado. Ver página 73

requiere que el juez lo construya a partir de hechos acreditados y no meras pretensiones aportadas por las partes, por lo que es de suma urgencia incorporar un estándar de prueba. En atención a la diversidad de bienes jurídicos tutelados en el Derecho de Familia se plantea la posibilidad de establecer un umbral de probanza que se adecue al derecho del niño en conflicto.

Por último, hasta el momento, las sentencias dicen decidir conforme al interés superior del niño sin ahondar en su desarrollo concreto. Esta práctica debe finalizar si se quiere dar pleno efecto a la Convención y en específico a la Observación General N°14. Es preciso demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, para lo cual es indispensable exponer los procesos de evaluación y determinación efectuados para el caso. Una sentencia que recae sobre un enunciado que no ha sido acreditado carece de todo fundamento porque se basa en un hecho que no es ni verdadero ni falso, sino que es simplemente inexistente para el derecho. En este sentido, es de suma importancia indicar en la sentencia la prueba que se ha incorporado en relación al interés superior del niño en particular, cómo se ha valorado aquella y por último cómo se ha ponderado según un estándar de prueba idóneo.

A través de las propuestas efectuadas en esta memoria se busca alcanzar el verdadero cambio de actitud buscado por el Comité de los Derechos del Niño en relación a la aplicación del interés superior del niño. Se trata de adaptar el sistema legislativo vigente y el sistema judicial al mejorado estándar internacional. Sin embargo, no habrá una verdadera protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes chilenos hasta que no se adopte la Convención en su totalidad y no se capacite a los jueces en su implementación. Hasta el momento la comunicación entre el Comité y Chile a través de los informes periódicos ha sido esencial para avanzar hacia una protección plena. Sin embargo, ha quedado demostrado que la transición ha sido demasiado lenta. La relevancia de la Observación General N°14 en concebir al niño como titular de derechos es de tal importancia que se requiere urgentemente el cambio de actitud demandado por el Comité.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros y Artículos:

1. ALEGRE, Silvana., HERNANDEZ, Ximena. y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. SSN 1999-6179. Marzo 2014 pp.30
2. AGUILAR, Gonzalo. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, nº1. 2008. 26pp
3. BAEZA CONCHA, Gloria. “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, núm. 2, 2001 p. 355-362
4. BELOFF, Mary. Artículo: “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En: Justicia y Derechos del Niño. Nº1. Unicef. 1999. p. 9-22
5. BELOFF, Mary. Artículo: “Luces y Sombras de la Opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” En: Justicia y Derechos del Niño. Nº9. Unicef. 2007. p. 49-124
6. BOFILL, APRIL Y JORDI COTS. “La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia” Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona, 1999. [En línea]
<http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf > [Consulta: 3 de junio de 2014]
7. Child Welfare Information Gateway. Children’s Bureau. “Determining the Best Interests of the Child”. Nov. 2012. United States Government, Washington DC. pp.34
8. CILLERO, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. 16pp
9. CILLERO, Miguel. “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en *Derecho a tener derechos*, tomo IV. UNICEF-INN (eds.), Montevideo, 1999

10. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de los Estados Americanos. “Derecho del Niño y la niña a la Familia, Cuidado Alternativo, Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas”. Doc 54/13. 17 octubre 2013. pp. 313
11. COUSO, JAIME. “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído”. Revista de Derechos del Niño n°3 y 4. [En línea]
<http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/192/revista%203_4.pdf, 2006>
12. DE TORRES PEREA, José Manuel. Interés del Menor y Derecho de Familia: una Perspectiva Multidisciplinar. Madrid, Iustel, 2009. 335p
13. DELPIANO LIRA, Cristián. “Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Conference paper*. 4 de junio de 2013. Pp. 24
14. DUNCAN, John Bloy. “Child Law” Lecture Notes Series. Cavendish Publishing Limited. 1996 Great Britain. Pp254
15. DUNLOP RUDOLFFI, Sergio. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Editorial Jurídica de Chile. 1981. 210pp
16. DWORKIN, Ronald. “Los Drechos en Serio” Editorial Ariel S.A. Barcelona. Segunda edición 1989. Pp 512
17. FERRER BELTRÁN, Jordi. “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales” Revista virtual ISONOMIA n° 34. Abril 2011. pp87-107 [En línea]
<<http://www.isonomia.itam.mx/>> [visita 2 de junio de 2014]
18. FREEDMAN, DIEGO. “Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”. Revista electrónica “Jura Gentium”. 2005.
<<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm#11>> [Visitada: 26 de mayo de 2014]
19. FUENTES, CLAUDIO y MACARENA VARGAS. “Derecho Procesal Civil”. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 18, pp 243-258. Julio 2012
20. ILUNDAIN, MIRTA. “El Interés Superior del Niño: Lo importante es el intérprete.”. En: KEMELMAJER, A. y HERRERA, M. La Familia en el Nuevo Derecho. Buenos Aires, Rubinzal-Culzani editores, 2009. pp 197-206
21. JARA CASTRO, Eduardo Francisco. Derecho procesal de Familia: Principios Formativos, Reglas Generales, Procedimiento Ordinario. Santiago-Chile : Jurídica de Chile, 2011.pp244
22. GARRIDO, RICARDO. El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico. Anuario

- de Filosofía y Teoría del Derecho N° 7.
23. GASCON, MARINA. “Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos”. Cuadernos de Filosofía del Derecho. pp.127-139. 2005
 24. GASCON ABELLAN, MARINA. “Los Hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba”. Marcial Pons, Madrid, 3ª edición. 2010. pp220
 25. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “El interés Superior del Niño”. Gaceta Jurídica n° 238, pp 23-26
 26. GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N0 1, pp. 93 – 107. 2006
 27. GROSMAN, Cecilia. Capítulo I: El Interés Superior del Niño. En su: Los Derechos del Niño en la Familia. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998. p. 23-75.
 28. LARROUCAU, Jorge. “Hacia un Estándar de Prueba Civil”. Revista Chilena de Derecho vol. 39 n° 3. Pp.783-808. 2012
 29. LAUDAN, LARRY. “Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar”. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (2005)
 30. LEPIN, CRISTIAN. “Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales: Análisis de la ley N°20.680” Revista de Derecho, Escuela de Postgrado n°3, julio 2013. Pp 285-308
 31. PRIETO SANCHIS, Luis. Capítulo II: Diez Argumentos a Propósito de los Principios. En Su: Ley, Principios, Derechos. Madrid, Editorial Dykinson, 1998. pp. 47-68
 32. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. El Interés Superior del Menor. Madrid, Editorial Dykinson, 2000. 257p.
 33. TARUFFO, MICHELE. “La Prueba, Artículos y Conferencias”. Editorial Metropolitana. 2008. Pp.307
 34. TARUFFO, Michele. Simplemente la Verdad: el Juez y la Construcción de los Hechos. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.299 p.
 35. TAVOLARI, Raúl. Valoraciones sobre la Prueba en el Proceso. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCV, N°2. 1998
 36. UNHCR. The UN Refugee Agency. “Directrices del ACNUR para la determinación del Interés Superior del Niño” Mayo 2008
 37. UNICEF. Firma, Ratificación y Adhesión [en línea]
<http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30207.html>

38. UNICEF. Centro de Investigación Innoceti. “Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño” 2006. Pp.86 [En línea]
<<http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>>
39. UNICEF. Estado Mundial de la Infancia: Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2009. p.5
<http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/SOWC_SpecEd_CRC_MainReport_SP_100109.pdf>
40. VERDIER, Pierre. Les dérives de l’utilisation de la notion de l’intérêt de l’enfant. *DEI Assemblée Nationale* 20 nov 2010.
41. VERHELLEN, EUGEN. Extracto: “La Declaración de Ginebra (1924) En su: “La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales”. Amberes (Bélgica) Apeldoorn (Países Bajos). Garant 2002. [pp. 80 y 81]
42. ZERMATTEN, Jean. “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003, pp. 1-30
<http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf> [visitado el 26 de mayo de 2014].

Jurisprudencia:

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de Febrero de 2012
2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Forneron e Hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999
4. CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Recurso de Queja. RIT 1193-2003. Fecha 31 de mayo de 2004
5. JUZGADO DE MENORES DE VILLARICA. RIT 9485-2003. Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003.
6. JUZGADO DE FAMILIA DE RENGO, RIT C-236-2010, sentencia de fecha 13 de mayo 2011

7. TRIBUNAL DE FAMILIA DE PUDAHUEL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. RIT C-3999-2012. Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2013.

Normativa internacional

1. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013

3. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS Observación General N° 5. “Medidas Generales de Aplicación de la convención sobre los Derechos del Niño”. Noviembre 2003

4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 17 (OC-17/2002). “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fecha 28 de agosto de 2002.

5. LA SOCIEDAD DE NACIONES Declaración de los Derechos del Niño de 1924. Febrero 1924

6. NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño de 1959. 20 de noviembre de 1959

7. NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. Fecha: 20 de Noviembre de 1989.